

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**La intervención de la Administración en la economía :  
estudio de la intervención en las divisas**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR  
PRESENTADA POR

**Mariano, Baena del Alcázar**

**Madrid, 2015**

*Sebastián  
García de Sotomayor  
Figueroa  
Sanjurjo*

TE

1719

**TESIS DOCTORAL**

*(Publicada)*

**LA INTERVENCION DE LA ADMINISTRACION EN LA ECONOMIA. ESTUDIO**

**ESPECIAL DE LA INTERVENCION EN LAS DIVISAS**

**por**

**MARIANO BAENA DEL ALCAZAR**

**DIRIGIDA POR:**

**D. FERNANDO GARRIDO FALLA**

**Catedrático de Derecho administrativo  
y Ciencias de la Administración, en la  
Facultad de Ciencias Políticas, Econó-  
micas y Comerciales de la Universidad  
de Madrid.**



Todo escriba instruido en el reino de  
los cielos es semejante a un padre de fa-  
milias que saca de su tesoro cosas nuevas  
y viejas.

(Mt, 13, 52).

**P R O L O G U E**  
**=====**



## P R O L O G O

## I.

Nada más inexacto que la afirmación ya devenida tópica según la cual el hombre de nuestros días pide al Estado seguridad económica en vez de libertad política. En realidad ambos valores no son sustituibles entre sí. Nuestra circunstancia nos muestra en efecto, con un vigor incontrastable, que la infraestructura económica prejuga la cuestión política en el sentido de que el hombre atienda de un modo más urgente a satisfacer sus necesidades primarias — que a aferrarse de un modo retórico, ya vacío e inútil, al reconocimiento de una libertad que no puede ejercer plenamente. Pero esto no obsta para que cualquiera que sienta dentro de sí la independencia y la consciencia conaturales a la cualidad humana, se resista a ser considerado como un número, una máquina, o una unidad amorfa de una masa que sólo sirve para aclamar. Frente a otras concepciones políticas extrañas e desgajadas de nuestra civilización, es preciso afirmar a toda costa que no podemos sacrificar la seguridad en aras de la libertad, que no podemos tampoco renunciar a una esfera donde el ciudadano común se sienta enteramente independiente e irredutiblemente dueño de sus actos y pensamientos. La armonía y la compenetración entre la seguridad económica y la libertad política aparecen así como piedras angulares de la civilización occidental.

Esta convicción no debe en modo alguno ser olvidada. De una

parte porque supondría la aniquilación. De otra porque el camino hasta ella ha sido largo y difícil. Demasiado caro se ha pagado - ya el convencimiento de que es necesario conseguir por todos los medios un bienestar decoroso para todos los miembros de la comunidad. Por tanto, hoy día la importancia de los asuntos económicos es algo sobre lo que sería ocioso insistir. Valerándola en orden a la necesidad de sobrevivir la Economía se ha convertido, como en otro tiempo la Teología, en la reina de las ciencias.

No obstante, las medidas económicas que toman los altos organismos de la comunidad sólo pueden hacerse efectivas a través de - normas jurídicas. El Derecho se convierte así en cauce obligado de la actuación del Estado (y su personificación más importante: la - administración pública) en el campo de la Economía. Esto no ha dejado de tener consecuencias puesto que ha llevado consigo una diversificación creadora de fricciones entre una Administración concebida al viejo estilo y una Administración moderna. La situación ha repercutido como no podía ser menos en la rama del Derecho que - estudia la Administración: frente al Derecho administrativo clásico que perseguía la limitación de la actividad del Poder público - en beneficio de los ciudadanos, ha terminado por anclar en el seno de los estudios relativos a la Administración pública una concepción bien distinta según la cual el objeto que debe perseguirse es el de conseguir la existencia de una Administración más eficiente.

No pocas veces se pierde de vista en relación con el último - punto un hecho palmario. Las modernas corrientes que estudian la -

## VI

actuación de la Administración pública con el objeto de que esta obtenga una mayor productividad en su tarea concreta, no han subrayado suficientemente el hecho de que una de las tareas encomendadas a la Administración es conseguir que exista una mayor productividad en todos los demás sectores del país. El problema se plantea pues del siguiente modo: es preciso conseguir que el Derecho administrativo se proponga, al mismo tiempo que conservar la libertad del particular, conseguir que la Administración acreciente la capacidad económica del país con el fin de que los ciudadanos se encuentren en una situación de mayor seguridad económica.

Nos hemos propuesto al redactar la parte I de la presente tesis enfocar los problemas concretos a que esto da lugar en un sentido diferente de las afirmaciones hasta ahora usuales en la doctrina. La intervención económica de la Administración es un hecho que nadie puede negar; pero es preciso que este hecho no opere como algo dado, definitivamente resuelto ya. Las interrogantes surgen ellas solas incontinentemente ante los ojos del que se intenta plantear el problema. Las causas, los hechos, los grados, - los moldes jurídicos de la intervención son otros tantos puntos cuestionables sobre los que vale la pena reflexionar. Del estudio de los mismos habrá de obtenerse uno a modo de introducción al estudio de la Administración económica. Y al referirse a la Administración en sentido subjetivo se impone dentro del panorama de nuestro estudio, el capital problema de lo que sea en realidad esa Ad

## VII

ministración de nuevo cuño, diferente y al mismo tiempo la misma que la Administración tradicional, esa Administración que debe - realizar una delicadísima tarea de justicia dando a cada uno lo suyo, al particular y a la comunidad, a la Libertad y a la Seguridad. Al mismo tiempo y al imponernos esta tarea no podremos - prescindir del anverso de este reverso contemplado. En forma alguna pueden considerarse intocables una serie de instituciones y figuras técnico-jurídicas del Derecho administrativo clásico que, por una Ley natural deben adaptarse a las nuevas necesidades o - desaparecer.

De este modo, en el estudio de la primera parte de la tesis hemos intentado actuar mediante una compensación armónica de los puntos de vista tradicionales y de los nuevos hechos que en parte los invalidan. Según el modelo que nos propone San Mateo, nos hemos propuesto sacar del tesoro cosas nuevas y viejas.

## II.

Un punto concreto de este campo inexplorado lo constituye, sin duda por su carácter relativamente reciente, la administración de divisas, exclusivo objeto inicial de nuestro estudio, desbordado después por los centrales e interesantes problemas del - planteamiento general. Pero esto no ha restado un ápice de su interés al estudio de un tema que constituye un claro y amplio exponente y ejemplo de aquella situación general. Surgido precisa-

## VIII

mente en aquella etapa de la intervención en que la Administración lucha, en defensa de la comunidad para remediar o paliar la crisis económica del sistema capitalista, minado por sus contradicciones internas, el problema de la intervención en el cambio va a llevar consigo en España la creación de un ente perteneciente a la Administración, que presentará todos los rasgos típicos que caracterizan a esta Administración que, en palabras del malogrado profesor HALLER, reacciona con ímpetu juvenil, reacciona a veces brutalmente.

No Puede haber duda alguna sobre el encuadramiento del organismo administrador, el Instituto Español de Moneda Extranjera, - dentro de la Administración pública, lo cual lo sitúa dentro del campo de nuestra disciplina. Pero esta Administración no es la que conocieron nuestros abuelos. Esbozando a grandes trazos el problema pueden considerarse rasgos específicos de la misma:

- 1º. La evasión del Derecho administrativo general.
- 2º. La constante utilización del derecho privado.
- 3º. La colaboración institucionalizada del administrado.

Cada uno de estos rasgos plantea una serie de problemas que es necesario resolver. ¿Responden o no a los esquemas elaborados en la Parte General? La respuesta ha tenido que construirse en cada caso atendiendo tanto al hecho concreto como al esquema genérico elaborado. Ha sido necesario mantenerse a caballo sobre los dos campos. Con ello se ha completado forzosamente el cuadro de obje -

## IX

tivos que nos hemos propuesto y que creemos deben presidir la redacción de una tesis doctoral: aportaciones a lo ya elaborado, práctica de la investigación científica, y utilidad didáctica respecto a la Parte General de la disciplina.

Hechas las consideraciones anteriores no me resta más que agradecer y al mismo tiempo pedir disculpas a todos cuantos han aportado conmigo, de un modo más o menos directo, el apasionamiento o el abatimiento que ha llevado consigo, según la coyuntura, la redacción de esta tesis doctoral. Va de suyo que esta consideración se hace de un modo especial respecto al profesor GABRIEL FALLA, que con tanta delicadeza y paciencia me ha ido advirtiendo las inexperiencias y los errores, que espere haber corregido del modo más adecuado posible a las directrices que en todo momento y con toda amabilidad me ha proporcionado.

Madrid, 31 de Enero de 1.963.

M. BAENA DEL ALCAZAR.

**I. SOBRE LA ADMINISTRACION ECONOMICA**  
=====

## **I. SOBRE LA ADMINISTRACION ECONOMICA**

### **S U M A R I O**

#### **PRELIMINARES.**

- 1) Razón del Estudio de la Administración económica.**
- 2) Sentido del mismo.**

**Notas.**

### **CAPITULO I**

#### **LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.**

- 1) Planteamiento del problema.**
- 2) La época derada del capitalismo.**
  - A) Los supuestos tecnológicos.**
  - B) La burguesía. Sus concepciones políticas.**
  - C) El nacimiento del proletariado.**
- 3) Del capitalismo al imperialismo. El marxismo.**
  - A) Las transformaciones de la segunda mitad del siglo XIX.**
    - a) En lo económico.**
    - b) En lo sociológico político.**
  - B) El marxismo, reverso dialéctico del capitalismo.**
- 4) Las grandes crisis del capitalismo.**

**Notas.**



## CAPITULO II

### PRESUPUESTOS Y CONCEPTO DE LA ADMINISTRACION ECONOMICA

#### 1) La intervención del Estado en la economía.

##### A) Universalidad del fenómeno.

###### a) En los países anglosajones.

a') Inglaterra.

b') Estados Unidos.

###### b) En los países occidentales.

a') Alemania.

b') Francia.

c') Italia.

d') España:

##### B) Supuestos y causas del mismo.

###### a) Los supuestos sociológicos.

###### b) Las causas próximas del fenómeno.

a') Posturas doctrinales.

b') Razón de la diversidad.

##### C) ¿Se puede hablar de la existencia de un concepto de intervención?

##### D) Aspectos políticos de la intervención.

###### a) Los motivos y consecuencias políticos.

###### b) Los grandes problemas políticos.

a') Intervencionismo versus libertad.

b') El crecimiento del poder del Estado.

c') La centralización necesaria.

- d') La tesis del cuarto poder económico.
- e) La influencia de la intervención en Derecho constitucional.
  - a') Las repercusiones en la estructura constitucional.
  - b') La recepción por los textos constitucionales.
- E) El sujeto activo de la intervención.
  - a) ¿Se puede identificar intervención del Estado e intervención de la Administración?
    - a') Nuestra posición en torno al problema.
  - b) La intervención del Estado a través de los poderes del mismo.
    - a') La distinción entre intervención legislativa e intervención administrativa.
    - a'') Las causas de la misma.
    - b'') Su significado.
  - b') La intervención legislativa.
  - c') La intervención administrativa.
    - a'') Generalidades sobre el concepto.
    - b'') Nuestra posición.
- 2) Los diferentes grados de intervención.
  - A) La clasificación de los grados de intervención.
    - a) Posturas doctrinales.
    - b) Nuestra posición.
  - B) La situación en el Estado del laissez-faire.
    - a) Las formas de actividad.
  - C) La presión del Estado sobre la sociedad.
    - a) Por medio de intervención legislativa.

b) Per deformación de las nociones de policía y servicio público.

D) La asunción parcial por el Estado de los medios de producción.

a) Clasificación.

b) Precisiones terminológicas.

E) La planificación.

a) Las diferentes formas de considerar el problema.

a ' ) Aspectos económicos.

a'' ) Clases de planificación.

b'' ) Dirigisme y planificación.

b' ) Aspectos políticos.

a'' ) Carácter político.

b'' ) Principio rector de la sociedad.

c' ) Aspecto jurídico - administrativo.

a'' ) La situación de la administración pública.

b) El concepto de planificación.

a' ) Delimitación de otros términos afines.

b' ) Exposición de nuestra postura.

3) La Administración económica.

A) Generalidades.

B) Puntos principales de la problemática.

a) Significado y contenido.

a' ) Significado.

b' ) La amplitud del objeto de la Administración económica.

- b) Carácter dual de la Administración actual especialmente de la económica.
- c) La amenaza de crisis del Derecho administrativo.
  - a') Posturas doctrinales.
  - b') Nuestra posición.
- C) Delimitación del concepto.
  - a) Administración económica y Derecho de la Economía.
  - b) La posible autonomía científica de la Administración económica.
  - c) Definición.
    - a') Posturas doctrinales.
    - b') Crítica.
    - c') Nuestra posición.

Notas.

### CAPITULO III

#### FORMAS DE ACTIVIDAD Y MEDIOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION ECONOMICA

- 1) La legislación especial sobre Administración económica.
  - A) Función que cumple su estudio.
- 2) Las formas jurídicas de intervención del Estado en la Economía.
  - A) La intervención legislativa. Exclusión de su estudio.
  - B) La intervención administrativa.
    - a) La tricotomía, policía, fomento y servicio público.
    - b) El concepto de policía.

- a') El planteamiento clásico.
  - a'') Posturas doctrinales.
  - b'') Problemas que se plantean.
- b') La ampliación del concepto de orden público por causas económicas.
- c') Las técnicas jurídicas de la policía.
- d') Las medidas de policía en el orden económico y su repercusión en el Derecho privado.
  - a'') Las medidas de policía en el orden económico en Derecho positivo español.
  - b'') Un ejemplo interesante acerca de las repercusiones en el Derecho privado.
- e) El concepto de fomento.
  - a') Concepto tradicional.
  - b') Su contenido económico.
    - a'') La importancia del fomento en la Administración española.
    - b'') El interés económico de las medidas de fomento.
    - c'') La actividad del fomento como instrumento de dirección económica.
  - c') Técnicas jurídicas del fomento.
- f) El servicio público.
  - a') Evolución del concepto.
  - b') Conceptos amplios y estrictos.
  - c') Causas económicas de la crisis.
    - a'') Establecimientos públicos con carácter industrial y comercial.
    - b'') Servicios públicos industriales y comerciales.

c'') Nacionalización y creación de empresas.

d') Situación actual.

e) Nuestra posición respecto a las formas de actividad.

a') Inadecuación del concepto del fin.

b') El principio de convertibilidad de las técnicas administrativas.

c') La gestión económica como cuarta forma de actividad.

d') Postura que adoptamos.

3) Prestación de bienes y servicios y cumplimiento de fines.

A) Las diversas formas de gestión.

B) La descentralización funcional en materias económicas.

Notas.

-.--.-.-.-.-.-

### PRELIMINARES

#### 1) Razón del estudio de la Administración económica.

A la vista del gran interés de la actuación del Instituto Español de Moneda Extranjera en el campo de la Economía, nos ha parecido necesario hacer preceder su estudio de una serie de puntos de vista generales sobre la Administración económica. Aclaremos desde el primer momento, que no nos estamos refiriendo a los problemas de la Administración financiera ni a lo que suele denominarse procedimiento económico-administrativo, sino al conjunto de situaciones jurídicas a que da lugar la intervención del Estado -y consiguientemente de la Administración- en la economía.

A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer, juzgamos útil y necesario este estudio para una mejor comprensión de la panorámica jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera por dos razones: en primer lugar porque dicho estudio nos mostrará en su justa proporción esta panorámica, como un simple punto concreto de un inmenso campo sin explorar. En segundo lugar porque solo entenderemos los graves problemas que el estudio del Instituto plantea, a veces aparentemente absurdos desde la perspectiva clásica del Derecho administrativo, cuando observemos las dificultades que tiene que salvar la Administración económica, sus características generales, y la importancia y longitud de sus ramificaciones, que se extienden bajo el edificio de los criterios jurídicos elaborados.

No obstante la existencia de los excelentes trabajos de VILLAR PALASI (1), GARCIA TREVIJANO (2), y GARCIA DE ENTERRIA (3), nos ha parecido preciso llevar a cabo este estudio, por carecer los anteriores de los puntos de vista generales que, a nuestro juicio resultan necesarios. No obstante lo cual hemos de advertir que el profesor GUAITA (4) tiene anunciada una tercera parte de su Derecho administrativo especial, que a la hora de ser redactada esta tesis todavía no ha sido publicada y que según anuncia, ha de referirse a la Administración económica.

## 2) Sentido del mismo.

Claro está que llevar a cabo este estudio preliminar con las características que lo abordamos no carece de consecuencias. En primer lugar, en esta materia no existe una bibliografía abundante ni precisa, que nos proporcione unos criterios totalmente válidos. Ha sido preciso por tanto espigar en una serie de ensayos referentes a otras materias para construir con el resultado de estas investigaciones los esquemas teóricos que se exponen en las páginas siguientes.

Esto nos ha llevado por una parte a hacer una serie de consideraciones metajurídicas que estimamos necesarias para fundamentar el estudio, pues de lo contrario correríamos el peligro de incurrir en vaguedades desprevistas de sentido. Por otra parte las condiciones en que se realiza el estudio de estos temas,



nos han llevado en muchos puntos a relativizar nuestras propias afirmaciones, rebajando a la categoría de hipótesis de trabajo hechos sobre cuya certeza no nos cabe la menor duda intrínseca.

Finalmente, hemos de adelantar aquí aunque también se dirá en el lugar oportuno, que con esta Parte I sobre la Administración económica no queremos plantear problemas de crisis del Derecho administrativo ni reivindicar para la Administración en la Economía una autonomía conceptual o científica. Nos basta (y ya nos parece suficiente) con exponer la luz que dicha Administración arroja, a nuestro juicio, sobre los conceptos de la Parte General.

-.--.-.-.-.-.-

NOTAS

- (1) La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, número 3, Madrid, 1950, pág. 53 y sigs.
- (2) Aspectos de la Administración económica, Revista de Administración Pública, número 12, Madrid, 1953, pág. 12 y - sigs.
- (3) La actividad industrial y mercantil de los municipios, Revista de Administración Pública, número, 17, Madrid, 1955, págs. 87 y sigs.
- (4) GUAITA, Derecho Administrativo Especial, I, Zaragoza, 1960, pág. 17.

-.--.-.-.-.-.-

## CAPITULO I

### LOS HECHOS DETERMINANTES DE LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA.

#### 1.- Planteamiento general del problema.

Cualquier investigación científica acerca de las características e actividades del Estado de nuestros días ha de empezar - forzosamente por un examen de la significación y evolución del Estado liberal. Este hecho, que ha dado lugar a una serie de tópicos más literarios que científicos, nos parece absolutamente justificado si se quiere tomar una posición frente a los fenómenos actuales que rebase los límites de un examen superficial. - Pues es el caso que cualquiera de los Estados de nuestro tiempo, aún el más aparentemente antiliberal, es heredero legítimo del Estado liberal a pesar de que a primera vista aparezca como antagonista suyo (1).

Pocas veces un régimen político ha aparecido en el devenir histórico mediante declaraciones tan solemnes ni ha encontrado - defensores tan autorizados (2). Y sin embargo, debido al febril desenvolvimiento de las técnicas, la economía y la mentalidad, - (que ha aplastado o deformado su significado primitivo) el sistema, que se había presentado con pretensiones casi absolutas, ha demostrado ser un coloso con los pies de barro.

El advenimiento del régimen liberal va a suponer la ruptura

con un orden social proveniente de la Edad Media, con un orden político que tiene su origen en el Renacimiento, con un orden económico que demostraba ser inadecuado ya. La utilidad va a sustituir como medida de los valores a la tradición, la igualdad va a oponerse a un orden social complejo, la libertad va a quebrar el equilibrio de un mundo económico tejido de privilegios y vínculos particulares (3). Los tres conceptos se van a entrecruzar unos con otros, pero, concretamente en el campo de lo económico va a ser la consagración de las libertades de industria y comercio lo que va a tener un papel más relevante. Frente a estas libertades, como frente a las restantes que el nuevo régimen consagra, el Estado debe asumir una función puramente negativa, (*laissez-faire*) puesto que esto se estima lo más conveniente para conseguir el bienestar del ciudadano.

Lejos de nuestro ánimo entrar en el examen de la trama infinitamente complicada de causas, situaciones y movimientos de toda índole que determinen la aparición del sistema. Sin embargo, no queremos dejar de hablar de dos de ellos que van a tener repercusión en una serie de temas a los que nos referiremos posteriormente.

Por una parte es necesario poner de manifiesto la mentalidad racionalista que la adopción del sistema supone. Los hombres que al hacer la Revolución de 1789 implantan un sistema liberal, piensan que, por medio de una ordenación *apriorística*, se pueden resolver todos los problemas de cualquier clase que sean. Esta -

mentalidad lleva consigo una gran dosis de optimismo que en nuestros días resulta difícil comprender. Pues actualmente nuestro racionalismo en materia política y económica aparece como un último medio de conservar, frente a una disyuntiva de aniquilación, los fundamentos de la civilización propia. El Estado liberal efectuó sin embargo, en su época, una búsqueda racional de la naturaleza del orden social (4).

Por otra parte, y ya en el orden económico, el Estado liberal es consecuencia de una serie de hechos. El capitalismo comercial del siglo XVIII transformado en capitalismo industrial en la primera mitad del XIX, "elabora sus diferentes estructuras, se apodera poco a poco de toda la economía, y crea su organización y sus instrumentos propios" (5).

Los elementos del capitalismo que juegan en el advenimiento del nuevo régimen, son de índole muy variada. Con MAILLET (6), podemos referirnos a los siguientes, que, a nuestro juicio, son los principales. Entre los de orden psicológico pueden destacarse el afán de lucro y la mentalidad individualista. Entre los jurídicos el liberalismo y la creación de un orden jurídico general. Entre los económicos las ideas básicas del libre funcionamiento del mercado, libertad de precios y de competencia, y espíritu y organización económica de empresa. De la concreción de estos elementos en un orden que debía ser armónico por sí mismo, se esperaba la felicidad de los hombres.

Y en verdad que los progresos no fueron despreciables. Para

apreciarles nada mejor que transcribir las palabras de uno de sus más fervientes partidarios, escritas en una fecha tan avanzada ya como 1943: "El resultado de este desenvolvimiento (el económico del siglo XIX) sobrepasó todas las previsiones. Allí donde se derrumbaren las barreras puestas al libre ejercicio - del ingenio humano, el hombre se hizo rápidamente capaz de satisfacer nuevos órdenes de deseos. Y cuando el nivel ascendente condujera al descubrimiento de trazos muy sombríos en la sociedad, trazos que los hombres no estaban ya dispuestos a tolerar más, no hubo probablemente clase que no lograra un beneficio - sustancial del general progreso. No podemos hacer justicia a este asombroso desarrollo si lo medimos por nuestros niveles presentes que son el resultado de él, y se hacen patentes ahora. - A fin de apreciar lo que significó para los que en él tomaron parte, tenemos que medirlo por las esperanzas y deseos que los hombres alimentaron en sus comienzos" (7).

Pero si son innegables las transcritas afirmaciones de HAYEK, no lo es menos que ese derrumbamiento de las barreras y el consiguiente disfrute de las libertades no condujo más que a la destrucción de la libertad por la libertad misma. La libertad de prensa se utilizó para la difamación, la libertad de asociación para la creación de organizaciones hostiles unas a otras, y en el campo de lo económico las empresas lucharon entre sí, con la consiguiente desaparición de las débiles, mientras que el contratante pobre, aislado y desarraigado de su medio, fué sometido - por la empresa rica a la disyuntiva de trabajar en condiciones -

infrahumanas o morir. Por otra parte este último está enraizado ideológicamente en la misma Revolución, ya que durante ésta la infraestructura nacional adquiere matiz polémico al ser conocida como tercer Estado, preparando así su propia negación por el internacionalismo proletario (8).

Y hay que reconocer que no faltaban razones para ésta negación. Como recuerda VILLAR PALASI (9), a pesar del lema de la "fraternidad", "en el Estado liberal burgués la violencia está prescrita ... pero se mantiene hipócritamente en la vida real - bajo las formas silentes de la colonización, los monopolios, el paro y el hambre".

Bajo las consecuencias de esta situación, índices de un indudable fracaso hemos de vivir en nuestros días. Una vez trazada - esta panorámica general, desarrollaremos muy esquemáticamente, - durante el presente capítulo, el proceso que ha conducido a estos resultados, para examinar en el siguiente la respuesta que ha dado a estos hechos el poder político en los países occidentales e inmediatamente la actividad que ha desenvuelto en la ejecución de las directrices por él proporcionadas la Administración pública.

## 2.- La época dorada del Capitalismo.

### A) Los supuestos tecnológicos.

La mentalidad racionalista del hombre del Renacimiento, que a partir del siglo XVI es un rasgo inherente a la civilización europea, se va a manifestar en una febril búsqueda de inventos que

es al mismo tiempo causa y consecuencia de la gran revolución de los precios que, con el abaratamiento de la producción, tiene lugar durante los siglos XVI y XVII (10). Sin despreciar la importancia de las invenciones que se producen en estos dos siglos, es indudable que el gran avance de la técnica tiene lugar en la segunda mitad del siglo XVIII y en los primeros años del XIX. A ello contribuyen varios factores:

1ª.- En primer lugar es necesario mencionar la invención de las máquinas como tales. Para MAX WEBER (11) existe una fundamental diferencia entre la máquina y el aparato. Mientras que el segundo sirve al hombre, la máquina es servida por él.

2ª.- En segundo lugar la utilización en grandes cantidades del carbón y del hierro emancipa la técnica y la posibilidad de lucro respecto a los vínculos que ligaban al hombre con las materias del mundo orgánico (12).

3ª.- Por último la asociación con la ciencia hace que la producción económica se emancipe de la tradición (13).

Sin embargo, aún con la importancia que estos hechos tienen, hay otro de mayor relevancia todavía: la creación de las fábricas. Como recuerda MAX WEBER, "no es característica decisiva de la fábrica moderna ni el instrumento empleado ni el proceso de trabajo, sino la apropiación del taller, de los instrumentos, fuentes de energía y materias primas en una misma mano, la del empresario"



(14). Y es evidente que la aparición de este último estuvo condicionada por la evolución económica.

**B) La burguesía. Sus concepciones políticas.**

La burguesía aparece así como el producto de una serie de revoluciones operadas en los medios de producción (15). Claro es que en puridad de lenguaje no es exacto equiparar burgués como - clase, con empresario en clase, pero nosotros utilizamos el término burguesía en la acepción de clase económicamente dominante.

El espíritu de empresa y la mentalidad individualista van a producir durante esta época una serie de consecuencias en el - campo económico. El empresario va a imponer sus puntos de vista a través del sistema liberal, y la sustitución del significado de los estamentos del Antiguo Régimen por el de este nuevo tipo de - hombre, va a llevar consigo el derrumbamiento de la dirección política de la economía en beneficio de una clase concreta (16). La mentalidad de la época provocará el fenómeno de que, el empresario, que ha conquistado las libertades económicas y exige del Estado el mínimo ejercicio del poder, va a tratar en otro orden de cosas de apoderarse de él.

Y no se piense que el individualismo va a impedir la unión de estas categorías de hombres ni a evitar que actúen como grupo. Por el contrario puede advertirse palpablemente tras un examen sociológico por superficial que sea, que existe una categoría de - personas definidas como participantes en la repartición de benefi

cias, y que, a consecuencia de este, tienen intereses idénticos. Desde el punto de vista de la mentalidad económica, desde el punto de vista de las concepciones políticas, desde el punto de vista de la actitud frente a los intereses de otras categorías sociales, encontramos siempre las mismas personas formando un todo coherente, y, llegado el caso, actuando en vista de objetivos análogos (17). Son éstos, hombres trabajadores, amantes del ahorro, emancipados de muchas ideas tradicionales, al menos en su vida profesional y pública, y sobre todo con una gran fé en la Razón y en el Progreso. De tal manera que se ha podido afirmar que, en esta época, la salvación cristiana individual se va a convertir en la salvación colectiva progresista (18).

Esta fé en la Razón va a manifestarse en la adopción de la Constitución como principio básico regulador de la convivencia occidental (19). Pero junto a esta función política de la Constitución, existe otra según la cual es concebida como empresa, gracias a la impronta que dejan en ella la mentalidad de la época y los hábitos y caracteres de la clase históricamente dominante (20). De este modo la burguesía, que ha luchado por la libertad de industria y comercio y ha conseguido obtenerla, por una parte quiere que el Estado actúe lo menos posible, pero por otra se apodera de él mediante el dominio de los Parlamentos y la intangibilidad de los derechos de libertad y propiedad que consagran su preponderancia.

La neutralidad que se predica en el Estado en todos los cam

pos (especialmente el económico), salvo en los que son soporte mínimo de la soberanía, tendrá dos consecuencias importantes:

1ª.- El Estado, según la ortodoxia liberal, intervendrá - solo para mantener el orden y suplir la iniciativa individual que aparezca como insuficiente (21).

2ª.- Al quedar de esta forma vacío de contenido se reducirá solo a procedimiento. Quedará sometido a un sistema cerrado de normas jurídicas, e identificado sencillamente con ese sistema.

#### C) El nacimiento del proletariado.

Claro es que este cuadro, en cuya descripción hay que emplear palabras como Libertad, Razón, Progreso, etc. (hay casi - desprovistas de sentido) tiene un reverse que no se puede dejar de considerar y que, aunque durante los primeros años del XIX - va a carecer de importancia en una visión de conjunto, acabará por derrocar el sistema liberal. Pues es el caso que, frente a la concepción racionalista y retórica basada en la Libertad y la Propiedad, la infraestructura económica prejuzgaba que solo era una minoría la que poseía la propiedad, y, con ella, la libertad que está proporcionada (22).

La situación de la mayoría no poseedora puede resumirse muy concisamente en estos tres hechos: desarraigo del trabajador, - abusos inhumanos, e intervención muy moderada del Estado en ma-

nos del burgués-empresario.

Sin ninguna intención demagógica, que estaría fuera de lugar, vamos a referirnos a esta situación. Es indudable que la mecanización del proceso productivo que liberó la producción a base de todos los medios en manos del empresario, se realizó en ocasiones utilizando medios coercitivos muy violentos ... Quien no se presentaba voluntariamente era conducido a los talleres - regidos con severísima disciplina. Quien sin permiso del maestro o del encargado abandonaba su puesto en el trabajo era tratado como vagabundo ... Por este procedimiento se reclutaron - los primeros obreros para las fábricas. Solo a regañadientes se avinieron a esta disciplina de trabajo. Pero la omnipotencia de la clase acaudalada era absoluta ... de tal manera que ... hasta la segunda mitad del siglo XIX dispuso a su antojo de la mano de obra embutiéndola en las nuevas industrias ... La legislación tenía que asegurarle (al trabajador) la remuneración en dinero - (24). Y no solo ejercía esta clase su omnipotencia, sino que ni siquiera entraba dentro de su mentalidad la posibilidad de que - no le correspondiera de pleno derecho. Respecto a esto es muy elocuente la declaración del industrial norteamericano George F. - Baer de la Reading Railroad en 1902, según el cual "los derechos e intereses de los trabajadores serán protegidos y guardados por los cristianos a quienes Dios en su infinita sabiduría ha dado - el dominio de los intereses de la propiedad del país" (25).

Y a pesar de todos los razonamientos que puedan aducirse es

necesario culpar de esto a las reglas del juego económico de la época, imperfectas todavía, pero aceptadas como sagradas, intangibles, y totalmente elaboradas ya. A este respecto parece interesante una lectura de las palabras de HAYEK (26), nostálgicas y polémicas al mismo tiempo: "Ninguna persona sensata debiera haber pensado sino que las toscas reglas en que se expresaron los principios de la economía política del siglo XIX, eran sólo un comienzo, que teníamos mucho que aprender, y que todavía nos quedaban inmensas posibilidades de avance sobre las líneas en que nos movíamos".

### 3.- Del capitalismo al imperialismo. El marxismo.

#### A) Las transformaciones de la segunda mitad del siglo XIX.

##### a) en lo económico.

El capitalismo, implantado como sistema económico a principios del siglo XIX, iba a sufrir las consecuencias de una crisis de crecimiento, que se manifestaría como el principio de su fin. En efecto, se pasa durante un período de tiempo comparativamente corto, del capitalismo industrial (1820-1850), al capitalismo financiero (1850-1890), y de éste a una economía dominada por grupos monopolísticos (27).

El capitalismo, que ha ido apoderándose poco a poco de toda la economía de 1750 a 1850, va a realizar a partir de esa fecha su pleno desenvolvimiento. Una primera causa de esto es que hacia esta fecha se produce una nueva revolución industrial, que

se manifiesta en las materias primas (acero, metales ligeros, - aleaciones), en la energía (electricidad, gas, petróleo), y en los nuevos procedimientos industriales; lo que va a dar lugar a un fenómeno capitalista de concentración geográfica, laboral, - técnica y financiera (28).

Como consecuencia de ello, hacia 1850, se pasa de un capitalismo liberal e de competencia, que funciona de una manera anárquica y económicamente desarreglada, pero en el cual el mecanismo de los precios juega normalmente, al capitalismo de monopolio en que las empresas concentradas e integradas imponen fuertemente al mercado condiciones en las cuales el juego de la competencia está claramente falseado (29). Claro es que la fecha de 1850 sólo puede servir de punto de referencia en cuanto que es el comienzo de una evolución, pero a partir de entonces los síntomas son evidentes.

Este hecho va a producir dos importantes consecuencias que - empañan la pureza del laissez-faire, en una época en que todavía estaba en la mentalidad de las gentes como dogma inquebrantable. La primera de ellas es la ya señalada de la desaparición de la libre competencia. La segunda es que no obstante universalizarse - entonces la mentalidad liberal (30), la necesidad de proteger los capitalismos nacionales hace que las políticas económicas exteriores (salvo las excepciones de Inglaterra, Suiza y Holanda) no sean en conjunto de carácter liberal (31).

Pero el proceso, que empieza en 1850, va a culminar en 1890

en que la economía estará ya totalmente dominada por grupos monopolísticos y, rebasadas las fronteras estrictamente nacionales, se extenderá fuera del continente europeo dando lugar al hecho económico de las colonizaciones. Esto es algo que difícilmente se puede poner en duda. MAILLET sitúa el gran desenvolvimiento económico del capitalismo entre 1895 y 1913 (32) y afirma que en esta época se pasa del capitalismo atomístico al capitalismo de grandes unidades y de la competencia al monopolio por medio de la concentración y la unión entre empresas (33). El liberalismo que se monta sobre la ingenua creencia en la libertad, va a dejar paso a un sistema ingente de concentración de poder económico y con sigüientemente político. Según FRAGA (34) varios autores fijan concretamente el año de 1897 para fechar el comienzo de esta nueva etapa, que llaman del capitalismo organizado (que viene a coincidir con el capitalismo imperialista de Lenin) ..., el capitalismo de grupos con tendencia monopolizadora. Y aún los más fervientes partidarios del sistema económico liberal no pueden negar la evidencia del hecho, si bien afirman que se ha exagerado mucho (35).

Este paso del capitalismo al imperialismo, ha sido descrito como una época señalada por fenómenos característicos: concentración y organización de la economía y de los procesos técnicos y administrativos, paso correlativo del laissez-faire a la intervención creciente del Estado, paso de la política de pocos a la política de muchos o de masas, prodigiosos cambios en las técnicas propiamente sociales (36).

Sin embargo puede afirmarse que en 1914, fecha en que se cie-

rra este período, el problema de la explotación del proletariado sigue en pie. Claro es que los proletarios ya no se mantienen - aislados y dispersos. Por el contrario, a partir de 1890, se oponen empresas de dimensiones enormes y sindicatos obreros, mientras que el Estado manifiesta una tendencia, todavía tímida pero cada vez más clara, a intervenir en la vida económica como árbitro entre la clase capitalista y la clase obrera en conflicto /37).

Estos hechos van a producir consecuencias sociológicas notables y van a dar lugar a la reacción del obrero, que a efectos de síntesis, entramos en el marxismo. Problemas en cuyo examen entramos a continuación.

b) en lo sociológico-político.

El primer fenómeno que hemos de señalar en este orden de cosas, es la aparición del proletariado. Aquel trabajador reclutado en forma violenta y sometido a una disciplina severa, pasa de estar desarraigado y solo, a concentrarse en barriadas y suburbios puesto que esta es la época de crecimiento de las grandes ciudades. Sus condiciones de vida no han mejorado pues el Estado liberal sigue estando en manos de la clase burguesa capitalista. Por ello - MARX (38), interpretara que después de la revolución de 1848 el poder del Estado se convierte en un arma nacional de guerra del capital contra el trabajo.

Esta proletarianización hace surgir una nueva terrible fuerza y la complicación social no encauzada repercute en fenómenos de sin -



tegradores de toda índole (39). Aunque estas que indicamos son verdades elementales no podemos sustraernos a la tentación de transcribir las palabras de MANHEIM "El exclusivo afán de poder, el completo neurótico de una época más que un rasgo de carácter, destruye el equilibrio del mundo al mismo tiempo que perturba el de equilibrio mental. Las miserables barracas en los arrabales de nuestras ciudades, construidas sin consideración a las necesidades humanas, los rascacielos erigidos en el centro de las ciudades, no en respuesta a la necesidad económica, sólo como fanal de prestigio y poder, son expresiones del mismo crecimiento maligno" (40).

¿Qué hace frente a éste el Estado liberal? Desde luego no cambia totalmente su posición abstencionista aunque la modifica en parte. Proteccionismo comercial, defensa de las industrias nacionales, protección aduanera a los monopolios, expansión económica extrametropolitana y primeras leyes sociales van a paliar su postura primitiva. Por otra parte el Estado deberá intervenir para evitar algunas consecuencias de las crisis del capitalismo. Pero todo esto no modifica la estructura ni supone una transformación de los supuestos económico-políticos en que el Estado se basa, y así la afirmación de MANHEIM queda incólume: "Cuando los negocios tienen sus subsidios, cuando se multiplican las quiebras, en suma cuando el Estado tiene que intervenir a fin de remediar los síntomas de un organismo desajustado, el Estado liberal ha muerto" (41).

B) El marxismo, reverso dialéctico del capitalismo.

Frete a este Estado liberal cuya descomposición se inicia va a surgir una ideología que atacará sus fundamentos, intelectualmente desde 1848 y como una encarnación concreta a partir de 1917, en ambos casos con una violencia y un rigor lógico y dialéctico que no es lícito despreciar:

Sin embargo tampoco es lícito desconocer la indudable relación existentes entre ambos. Pues es cierto que para que se pudiese hablar de marxismo en sentido moderno era menester que ciertas transformaciones económicas y sociales hubiesen intervenido unidas al desarrollo de la gran industrial (42). En este sentido, evidentemente, el comunismo es algo que dialécticamente se desprende del capitalismo y así resulta cierta la afirmación de FRA GA (43) según el cual la explicación marxista de la Economía como Deus ex machina de la economía social ... tiene un indudable valor polémico. Lo peor que puede decirse de la sociedad burguesa es que en ella y por ella fué verdadero el marxismo.

Y si el marxismo es el reverso dialéctico del capitalismo - no podíamos esperar de él una actitud benévola hacia el Estado, en manos durante todo el siglo XIX de la burguesía interesada en defender esa situación económica y social que el marxismo combate. Es cierto que esta actitud hostil se asienta sobre la base falsa de la identificación de la forma política Estado con la clase entonces en el poder, pero verdaderamente no podía pedirse otra cosa a los pensadores marxistas a mediados del siglo XIX, sq

bre todo teniendo en cuenta el sentido político y polémico de sus escritos.

Una breve ojeada a los textos sagrados del marxismo nos convencerá de la exactitud de lo enunciado en el párrafo precedente. Así vemos que ENGELS define el Estado como un poder situado aparentemente por encima de la sociedad y llamado a amortiguar el choque (entre obreros y patronos), y mantenerlo en los límites del orden (44); y añade que el Estado es de la clase económicamente dominante, que, con ayuda de él, se convierte también en la clase políticamente dominante (45). MARX opina que el gobierno moderno no es más que una delegación que gestiona los asuntos comunes de toda la clase burguesa (46). Y LENIN en su obra El Estado y la Revolución escrita con una ansiosa preocupación por mantenerse dentro de la ortodoxia marxista, va a considerar al Estado como un aparato de poder que ha sido creado por la clase dominante, como un órgano de opresión de una clase por otra, como una creación del "orden" que legaliza y afianza esta opresión (47). Y en verdad que, miradas las cosas desde ese punto de vista no les falta razón. Pues las leyes protectoras, único argumento que frente a esta postura se puede alegar, surgieron (tardíamente) más que por una concesión graciosa del poder político, como una consecuencia del ambiente peligroso que la proliferación de huelgas y la acción colectiva del obrerismo habían hecho surgir (48). Esto es, las medidas en favor del proletariado no son consecuencia de una preocupación del poder político por su suerte sino que son sólo concesiones, victorias parciales que los -

movimientos obreros han conseguido en su lucha contra la dominación política de la burguesía.

Pero esta oposición no se va a plantar exclusivamente en el plano de las ideas. El día 7 de noviembre de 1917 decía LENIN ante el Soviet de San Petersburgo: "Hemos de edificar en Rusia el Estado proletario socialista". Y no cabe duda de que, pese a las deformaciones de la ortodoxia marxista que pueda llevar consigo el Estado soviético actual, la frase de LENIN se ha convertido en realidad. Esta frase es una expresión acabada del impulso racionalista del hombre europeo. Este rasgo, este propósito racionalista de refundir la vida rusa a sangre y fuego según un esquema racional será lo que situará a la revolución de 1917 dentro de la historia de la cultura occidental (49).

Este rasgo es una de las características básicas y más profundas del marxismo. En él, la razón emerge decididamente del conjunto de lo humano y rebasa el largo proceso natural, contradictorio, accidentado y doloroso que fue la formación del hombre (50). Claro es que para ello habrá que construir un aparato de poder fabuloso (la Dictadura del proletariado), ilimitado y no enterpecido por ninguna ley, por ninguna regla absoluta, un poder basado directamente en la violencia.

Los resultados de este poder son innegables. Pero también lo es que se han conseguido a un elevado precio. Al adoptar sólo la tradición racionalista de la civilización occidental, los rusos sacrificaron la riqueza de pensamiento y la experiencia humana -

incorporadas en las demás tradiciones de la cultura europea (51). Y por otra parte, para conseguir los resultados aludidos no ha sido posible prescindir del poderoso aparato de la máquina estatal. La realidad se ha encargado por sí misma de desmentir la ingenua afirmación de LENIN, según el cual las funciones del poder del Estado se habían simplificado tanto que eran asequibles a todos los que supieran leer y escribir (52). Después de 1917, como después de 1789 (y con mejores razones aún) el Leviathan puede conservar en los labios su extraña sonrisa (53).

#### 4) Las grandes crisis del capitalismo.

Todas las características a las que nos hemos referido durante los párrafos precedentes se van a agudizar en el siglo XX, durante el cual se produce la desintegración y descomposición del capitalismo de forma tal, que difícilmente reconocerían nuestros bisabuelos en la sociedad de hoy una consecuencia de las premisas elaboradas durante el primer tercio del siglo XIX. En esta desintegración van a intervenir principalmente tres hechos históricos: la guerra y la postguerra de 1914-1918, la gran crisis de 1929, y la postguerra de la segunda guerra mundial con la bipolarización de las relaciones internacionales que se produce a consecuencia de ella.

La primera guerra mundial será provocada, además de los sucesos políticos que se produjeron en su origen, por móviles fundamentalmente económicos que se produjeron en su origen, por mé-

viles fundamentalmente económicos. La rivalidad comercial entre Inglaterra y Alemania actúa en primera línea entre las causas - de esta guerra que, a consecuencia de ello, será calificada por los marxistas de imperialista. El estallido de la conflagración supondrá la ruptura de un orden económico y de unas relaciones - comerciales que habían dado una gran prosperidad a Europa. Por otra parte la misma guerra, considerada estratégica y económica- mente, tendrá repercusiones en la destrucción del sistema del laissez-faire. Así podemos afirmar que ya entonces se dejó abierto el proceso de la planificación. El Estado Mayor alemán, al ver im- posible la terminación rápida de la guerra preparó la movilización total, experimento luego utilizado por LENIN en la Rusia soviéti- ca (54). Todo esto por no hacer referencia a las repercusiones - que tiene en Europa la revolución rusa, ya que es innegable que - la Primera Guerra Mundial y la expansión creciente del obrerismo llevan entre sí pocos años de diferencia (55).

Y si los sucesos de la guerra iban a ser alarmantes no lo se- rían menos los de la postguerra, pues Occidente va a llegar a la paz empobrecido y arruinado. Cinco millones de obreros en paro en Inglaterra, convulsiones en Francia, revoluciones en Alemania, - van a demostrarnos que, a más del impacto psicológico que la gue- rra produce en las gentes, la economía capitalista no era capaz - de superar por sí sola las consecuencias de la guerra imperialis- ta. Este va a hacer que de una forma u otra el Estado intervenga con un propósito definido en la vida económica.

Y apenas se ha repuesto el mundo de la serie de trastornos que la guerra y la postguerra suponen, tiene lugar la crisis de 1929, que, originada en América, va a obtener grandes repercusiones en Europa en el campo de lo político. Las quiebras, el hundimiento de las Bolsas, la actitud reinante de los monopolios, y el hecho brutal del paro (56), van a demostrar que la depresión de 1929 es una crisis de estructura y una prueba irrefutable de que el capitalismo, minado por sus contradicciones internas, llegaba al punto de la disgregación (57). Esta crisis demuestra que la infraestructura económica sobre la que estaba montada la estructura política democrático-liberal era radicalmente falsa, - pues en esta fecha los últimos restos del liberalismo económico saltan en pedazos y con ellos los residuos del liberalismo político (58).

Además la crisis va a agriar considerablemente las relaciones entre los pueblos, base de un comercio exterior verdaderamente liberal, ya que acentúa el nacionalismo y provoca represalias económicas (59). Mientras que por otra parte va a ser la causa económica más profunda de la subida al poder de los totalitarismos en el centro de Europa, cuyos países, menos preparados para llevar a cabo una evolución en sentido liberal, se encontraban - en la práctica al borde del caos.

Ni que decir tiene que esta situación se agrava extraordinariamente después y durante la Segunda Guerra Mundial, ya que las circunstancias hacen evidente que el sistema liberal capitalista,

a más de tener que soportar el efecto disolvente de la lucha de clases en su seno, estaba agravado por la aparición periódica y endémica de las crisis, el paro y las guerras. Aún en un país de una tradición y unas convicciones liberales tan arraigadas como Inglaterra denuncia HAYEK en 1943 el peligro que se corre de que las circunstancias económicas y la desconfianza en el sistema de la libre competencia lo lleven a una situación parecida a la de la Alemania nazi (60).

Sólo entonces se acordaron los teóricos liberales en los campos económico y político, de que el sistema que habían defendido tenía unas reglas toscas y deficientes y que, si bien era cierto que había contribuido notablemente al progreso general y al bienestar de una parte de la humanidad, había sumido al resto en un nivel de vida infrahumano y había hecho surgir frente a la civilización occidental una poderosa construcción ideológica, política y económica de signo decididamente hostil. Así el liberal LEWIS señala como defectos del sistema de libre competencia:

1º.- El hecho de que el mecanismo de los precios retribuye a la población de acuerdo con la escasez de los recursos; pero no contiene en sí recurso alguno para hacer equitativa la distribución de la escasez.

2º.- El mecanismo del mercado no humaniza la relación de los salarios.

3º.- La inestabilidad.



4ª.- La inadecuación del manejo de los cambios exteriores.

5ª.- La ineficacia para hacer frente a cambios de primera magnitud (61).

Y el archiliberal HAYEK, aunque a regañadientes, se verá obligado a reconocer que "es lamentable aunque no difícil de explicar que se haya prestado en el pasado muchas más atención a las exigencias políticas para la actuación eficaz del sistema de competencia que a sus rasgos negativos" (62).

Por consiguiente, ante la falta de viabilidad del sistema liberal, era necesario buscar algo que sustituyera a la libre competencia, que actuara de alternativa de ésta, una vez fracasados los intentos de hacerla volver a su pureza por medios coactivos o de paliar tímidamente los inconvenientes de la misma. - Sólo el Estado estaba en condiciones de encontrar el remedio. Y así resulta cierta la afirmación de GALBRAITH, según el cual "como alternativa a la competencia se ha planteado la planificación o al menos el fracaso de la primera ha producido una reacción favorable a la intervención del Estado en la economía" (63). Alteradas las opiniones comunes en la ciencia de la economía como resultado de la investigación de KEYNES, que señala el desembolso público como remedio directo de la depresión, el hecho ha tenido que ser aceptado necesariamente, a pesar de protestas aisladas (64).

Es imposible engañarse. El sistema económico liberal ha muerto y amenaza llevarse con él las estructuras políticas y jurídicas del Estado. Y sin despreciar la importancia de otra serie de

causas, han contribuido principalmente a esta suerte las mismas contradicciones internas del mundo liberal capitalista y la amenaza del marxismo, tanto desde el exterior como del interior de los países occidentales. Ante aquella amenaza de muerte y este combate ideológico y económico, la sociedad occidental, por un necesario mimetismo de defensa, se ha planteado el dilema de planificar o morir. O reformar nuestras instituciones, o dejarnos llevar por las circunstancias a una total aniquilación. Puede que al llevar a cabo estas reformas tengamos que dejar atrás libertades, tradiciones o recuerdos entrañables a nuestra civilización. Pero, queramos o no, ha pasado la época del laissez-faire y la catástrofe sólo puede evitarse con la planificación (65).

La cual no es más que una, la más avanzada, de las formas de intervención. Veamos durante el próximo capítulo cual ha sido la respuesta del Estado al desafío de estos hechos, y a quien ha encargado la ejecución de sus decisiones. Con ello nos adentraremos de lleno en los problemas que plantea la llamada Administración económica.-

NOTAS

- (1) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 58.
- (2) SANCHEZ AGESTA, Derecho Político, Granada, 1953, pág. 557.
- (3) SANCHEZ AGESTA, Derecho Constitucional, Granada, 1948, págs. 150 y 151.
- (4) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 59.
- (5) MAILLET, J., Histoire des faits économiques des origines au XIX<sup>e</sup> siècle. Payot, Paris, 1952, pág. 261.
- (6) MAILLET, J., Ob. cit. pág. 257.
- (7) HAYEK, Camino de servidumbre, 2<sup>a</sup> ed., trad. esp., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.
- (8) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 59.
- (9) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 93.
- (10) MAX WEBER, Historia económica general, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956, pág. 246.
- (11) MAX WEBER, Ob. cit., pág. 246.
- (12) MAX WEBER, Ob. cit., pág. 259.
- (13) MAX WEBER, Ob. cit., pág. 260.
- (14) MAX WEBER, Ob. cit., pág. 257. El subrayado es nuestro.
- (15) CHEVALIER, Les grandes textes politiques desde Maquiavelo hasta nuestros días, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 258.
- (16) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 59.
- (17) MAILLET, J., Histoire des faits économiques des origines au

XX siècle, Payot, Paris, 1952, pág. 271.

- (18) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág.60.
- (19) LUCAS VERDU, Constitución, Administración, Planificación, Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960, pág. 859.
- (20) LUCAS VERDU, Ob. cit., pág. 271.
- (21) Uno de los motivos que según GALBRAITH explica la antipatía liberal hacia la intervención del Estado en la economía es la corrupción y rapacidad de los funcionarios públicos. Capitalismo Americano, Ediciones Ariel, Barcelona, - 1955, pág. 71.
- (22) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág.67.
- (23) MAX WEBER, Historia económica general, Fondo de Cultura - Económica, México-Buenos Aires, 1956, pág. 260.
- (24) MAX WEBER, Ob. y loc. cit.
- (25) GALBRAITH, Capitalismo Americano, Ediciones Ariel, Barcelona, 1955, pág. 103.
- (26) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., trad. esp., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 19.
- (27) MAILLET, J., Histoire des faits économiques des origines au XX siècle, Payot, Paris, 1952, pág. 260.
- (28) MAILLET, Ob. cit., pág. 314.
- (29) MAILLET, Ob. cit., pág. 265.
- (30) Concretamente la burguesía alemana no adoptó estas concepciones hasta las décadas sexta, séptima y octava del siglo XIX, según señala LENSCH, Drei Jahre Weltrevolution, 1917,

citado por HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., trad. -  
esp., Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid,  
1950, pág. 178.

(31) MAILLET, Ob. cit., págs. 296-297.

(32) Ob. cit., pág. 266.

(33) Ob. cit., pág. 354.

(34) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág.  
151.

(35) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., trad. esp., Editorial  
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pág. 46.

(36) FRAGA IRIBARNE, Ob. cit., pág. 153.

(37) MAILLET, J., Histoire des faits économiques des origines au  
XX siècle, Payot, París, 1952, pág. 354.

(38) Citado por LENIN, El Estado y la Revolución, Mexico, sin fe-  
cha, pág. 17.

(39) FRAGA IRIBARNE, Ob. cit., pág. 50.

(40) MANNHEIM, Libertad, Poder y Planificación democrática, Me-  
xico, Buenos Aires, 1953, pág. 99.

(41) MANNHEIM, Ob. cit., pág. 143.

(42) CHEVALIER, Los grandes textos políticos desde Maquiavelo -  
hasta nuestros días, trad. esp., Aguilar, Madrid, 1957, -  
pág. 244.

(43) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág.  
129.

(44) ENGELS, El origen de la familia, de la propiedad privada y  
del Estado, citado por LENIN, El Estado y la Revolución,

Mexico, sin fecha, pág. 15.

- (45) ENGELS, Ob. y lec. cit.
- (46) MARX, Manifiesto comunista, citado por CHEVALIER, Los - grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días, trad. esp., Aguilar, Madrid, 1957, pág. 258.
- (47) LENIN, El Estado y la Revolución, Mexico, sin fecha, págs. 9 y 10.
- (48) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 13.
- (49) SANCHEZ AGESTA, Derecho Constitucional, Granada, 1948, - pág. 202.
- (50) LEFEVRE, Le marxisme, Paris, 1949, citado por FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 101.
- (51) MANNHEIM, Libertad, Poder y Planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico, Buenos Aires, 1953, pág. 46.
- (52) LENIN, El Estado y la Revolución, Mexico, sin fecha, pág. 43.
- (53) CHEVALIER, Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 340.
- (54) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 155.
- (55) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 18.
- (56) Como ejemplo podemos citar el de los Estados Unidos, donde en el período 1931-40, según los datos de los Sindicatos,

tes, hubo un promedio de 10,7 millones de desocupados y varios millones de obreros empleados sólo parcialmente. Miles de parados pusieron fin a sus vidas y hubo algunos que, con sus propias manos, aniquilaron a sus familias - para salvarlas de los tormentos de la muerte por hambre. TAMAMES, La lucha contra los monopolios, Editorial Teo - nos, S.A., Madrid, 1961, pág. 108.

- (57) MAILLET, Histoire des faits économiques des origines au XX siècle. Payot, París, 1952, pág. 359. En este sentido igualmente GALBRAITH, Capitalismo americano, Ediciones - Ariel, 1955, pág. 106.
- (58) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 72. En este sentido GALBRAITH, Ob. cit., pág. 73.
- (59) HEATON, Histoire économique de l'Europe, Colin, París, - 1952, pág. 275.
- (60) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., trad. esp., Editoe - rial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 2 y sigs.
- (61) LEWIS, La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1957, págs. 14-15. El subrayado es - nuestro.
- (62) HAYEK, Ob. cit. pág. 39.
- (63) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 58.
- (64) GALBRAITH, Capitalismo americano, Ediciones Ariel, Barea - lona, 1955, pág. 98.

- (65) GALBRAITH, Ob. cit., pág. 207. Todo grado sustancial de autoridad sobre decisiones de producción es administrativamente imposible en una comunidad con un alto, complicado y multiforme nivel de vida.
- (66) MANNHEIM, Libertad, Poder y Planificación democrática, México-Buenos Aires, 1953, pág. 43.-



## CAPITULO II

### PRESUPUESTOS Y CONCEPTO DE LA ADMINISTRACION ECONOMICA

#### 1. La intervención del Estado en la economía.

##### A) Universalidad del fenómeno.

Todo el presente capítulo, dedicado como indica su título - al estudio de la Administración económica, constituye un rotundo mentis a la solemne declaración de HAYEK, según el cual: "El principio rector que afirma no existir otra política (económica) - realmente progresiva que la fundada en la libertad del individuo sigue siendo hoy tan verdadera como lo fué en el siglo XIX" (1). Realmente parece incomprensible que en nuestro siglo y en fecha - relativamente reciente puedan hacerse afirmaciones o consideraciones como la transcrita. Y esto continua pareciéndonos extraño aún cuando referencias análogas se encuentran en autores que estudian la intervención del Estado en la economía de una forma simplemente tangencial. Así por ejemplo CATALDI (2) considera entre los fines no esenciales del Estado la realización del bienestar económico de los ciudadanos.

Contra dichas consideraciones juega un relevante papel la afirmación, ya devenida tópica de que el hombre actual pide al Estado en vez de libertades político-jurídicas, seguridad de tipo económico (3). Y esto es tan cierto que la intervención del Estado en la economía es algo que pasa por encima de las fronteras y

de los sistemas políticos hasta llegar incluso a ser antagónica en la realidad con el sistema declarado (4). Lo que, como es natural, no sólo no impide, sino que incluso fomenta la emisión de opiniones sobre el hecho por parte de los hombres en quienes repercuten sus consecuencias.

En apoyo de la afirmación anterior vamos a pasar revista, - muy someramente y sin propósito de tratar el tema de una forma exhaustiva, a las más importantes medidas interventoras que se han llevado a cabo en los principales países occidentales (5).

a) En los países anglosajones (6).

A pesar de estudiar por separado a los Estados Unidos e Inglaterra los incluímos bajo este epígrafe común por presentarse en ambos características análogas, muy diferentes, al menos en sus formas jurídicas, a los fenómenos de la Europa Continental.

a') Inglaterra.

La intervención del Estado en la economía se lleva a cabo - en el Reino Unido, principalmente a través del cauce jurídico de las public corporations (7), las cuales pueden constituirse mediante la creación de una nueva empresa por el Estado, o mediante la nacionalización de empresas ya existentes. En todo caso una public corporation es una entidad dotada de personalidad jurídica, con una capacidad limitada por las facultades de tutela que ejerce el Estado, descentralizada, y dotada de un grado mayor o menor de autonomía según los casos (8).

Dejando aparte la existencia de una serie de antecedentes - (9) podemos distinguir en la creación de las public corporations, dos etapas diferentes, por su grado de intensidad y por las concepciones políticas que las presiden.

Antes de la segunda guerra mundial la creación de estas empresas obedeció a motivos asistemáticos o se refiere exclusivamente a instituciones de competencia muy localizada. Así por ejemplo en 1908 se constituye la Port of London Authority, a la que seguirían después la nacionalización de la British Broadcasting Company, transformada en British Broadcasting Corporation, la nacionalización de la British Overseas Airways, y de la constitución de la London Passenger Transport. Como puede verse estas intervenciones afectaban sólo a las obras portuarias de Londres, los servicios de radiodifusión, las comunicaciones aéreas transoceánicas, y los transportes urbanos dentro de la capital. Aunque también es cierto que las empresas distribuidoras de energía y las dedicadas al transporte por carretera, fueron sometidas en 1926 y 1930 al control de sendas comisiones con lo que se preparó su nacionalización en la época de la postguerra (10).

Durante esta, y sobre todo, bajo el gobierno laborista se llevaron a cabo una serie de nacionalizaciones e creaciones de empresa que darían lugar a la aparición de muchas public corporations - que sería inútil enumerar. Bastenos saber que, a consecuencia de ellas, quedaron en manos del Estado los transportes, incluso los aéreos, las minas de carbón, la electricidad, el gas, la siderur -

gía y el comercio del algodón (11).

No queremos limitarnos sin embargo, a hablar de la intervención en materia de industria y comercio, pues no deja de ser importante también la llevada a cabo en la agricultura. En este sector la Agriculture Act de 1947 y la Agricultural Holding Act de 1948 van a establecer un sistema según el cual el propietario debe poner la explotación entera de todos los elementos técnicos en manos del granjero; éste no es libre de seguir en el cultivo los procedimientos que desee, sino que debe llevar a cabo su trabajo de acuerdo con los últimos progresos técnicos. Unos tribunales regionales creados al efecto se encargan de velar por el cumplimiento de la legislación, pudiendo llegar incluso a desposeer al cultivador (12).

Estas indicaciones no hacen más que sugerirnos hasta que grado llegó la intervención en Inglaterra, cuna del liberalismo, donde, según LEWIS (13), se llegó a exigir una licencia para hacer decoraciones de interiores cuyo precio fuera superior a 10 libras.

b') Estados Unidos (14).

Dejando aparte el caso de las llamadas public utilities equivalentes a una empresa privada que gestiona un servicio público, en los Estados Unidos se pueden distinguir dos períodos antes y después de la crisis de 1929.

Hasta esta fecha la intervención en materia económica es, como en los demás países, muy reducida, y carece de fines sistemáticos.

Se puede centrar principalmente en la promulgación de las leyes anti-trust, entre las cuales podemos citar la famosa Sherman Antitrust Act (1890), la Clayton Antitrust Act (1914) y la Federal Trade Commission Act (1914). Como vemos esta legislación no está dirigida a sustituir o deformar la libre competencia, sino precisamente a tratar de mantenerla. Junto a este pueden citarse - las llamadas corporaciones del Gobierno o propiedad gubernamental (government ownership). Se trata de una empresa propiedad del Gobierno, que puede tener asignado el cumplimiento de funciones muy variadas. Hasta la guerra de 1914-18, el empleo de las mismas se produce sólo excepcionalmente; por ejemplo, la adquisición de la Panamá Railroad Company en 1904. Con motivo de la Primera Guerra Mundial tiene lugar un crecimiento de las corporaciones gubernamentales, pero el fenómeno respondía a una situación de emergencia y la mayor parte fueron liquidadas al terminar la conflagración (14 bis).

La crisis de 1929 supone, con la adopción de la política del New Deal un incremento muy notable de la intervención económica. Así vemos que se creó la National Resources Planning Board, para la mejor utilización de los recursos del país, mientras se promulgaron una serie de leyes (difícilmente aceptadas por el Tribunal Supremo hasta 1936) que adoptaran criterios proteccionistas respecto a sectores tan importantes como la banca y la financiación del crédito, la industria, y la contratación del trabajo. La intervención en la agricultura se produciría con la Agricultural Adjustment Act, y la Soil Conservation Act de 1936, que serían

el comienzo de una situación que acaba en la fijación anual de extensiones mínimas cultivables (15).

Junto a esto se produce un aumento extraordinario del número de corporaciones del gobierno que en 1933-34 adquieren ya proporciones gigantescas. Entre ellas es famosa la Tennessee Valley Authority, adoptada por muchos autores como ejemplo típico de planificación compatible con la democracia. A fines de 1936 el Gobierno poseía e controlaba unas 90, y este número se vió incrementado durante la Segunda Guerra Mundial hasta llegar a 110 en 1945.

Aunque muchos de estos fenómenos no responden a la idea que, prima facie, tiene el europeo continental de la intervención (gracias a la equivocidad del término) es necesario subrayar su importancia en un país como los Estados Unidos, considerado como santuarios del *laissez-faire*.

b) En los países continentales.

a') Alemania (16).

La experiencia totalitaria de la época nacional-socialista y la derrota de la Segunda Guerra mundial han llevado a este país a adoptar un sistema de liberalismo a ultranza que no es ajeno a la influencia norteamericana. No vamos por tanto a hacer referencia a los fenómenos interventores de antes de la guerra hoy desvirtuados ya.

Sin embargo, y a pesar de lo dicho, tampoco se ha pedido sus traer Alemania Occidental al fenómeno de nuestros días. Buena pru ba de ello es que la Constitución del País federado de Hoesen de uno de diciembre de 1946 nacionalizó a su entrada en vigor la mi nería, la siderurgia, la energía de todas las clases, y los trans portes ferroviarios y aéreos, en virtud de lo dispuesto en el párrafo primero de su artículo 41.

b') Francia.

Es quizás el país que presenta una evolución más perfecta de la intervención del Estado en la economía. Antes de la guerra de 1914-18 no puede decirse que exista una intervención real, a pe - sar de que la deformación de las nociones de policía y servicio público en cuanto a las actividades económicas trastornarían el - cuadro clásico de neutralidad (17).

Pero después de esta fecha las intervenciones van a llevarse a cabo de tres formas que apuntaran ya la situación actual. En - primer lugar a partir de 1936 se va a intervenir activamente en algunos sectores de la economía (18), mediante una política de pre cios que empezará por una vigilancia para llegar a una tasación ge neral mediante la fijación de precios límites.

Por otra parte la intervención se manifestará en la utiliza - ción de los establecimientos público y en el fenómeno de las na - cionalizaciones. El primero era ya antiguo en el derecho positivo francés y sobre él se había llegado a un acuerdo doctrinal, consi -

derándolo como un servicio público dotado de personalidad moral y con un grado mayor o menor de autonomía según los casos (19). Sin embargo estos establecimientos públicos cuyo estudio presenta un gran interés jurídico, no pasan de ser casos aislados en el fenómeno general de intervención del Estado en la economía en esta época. Igualmente las nacionalizaciones no van a tener en esta fecha mas que un interés secundario, ya que la única importante es la de la Societe Nationale de Chemins de Fer, llevada a cabo en 1937.

Este panorama cambia totalmente en la postguerra, ya que las nacionalizaciones forman parte del programa del Consejo Nacional de Resistencia. Ya en mayo de 1945, mes en que finaliza en Europa la Segunda Guerra Mundial, se producen una serie de nacionalizaciones que han sido clasificadas por la doctrina francesa en nacionalización sanción y nacionalización remedio. Entre las primeras hay que situar la nacionalización de las fábricas Renault, la de la empresa Gnome et Rhône de fabricación de aviones, y la nacionalización parcial de las artes gráficas.

Pero junto a estas se producen otras que no responden a motivos políticos, así por ejemplo la nacionalización de las cinco empresas bancarias del país, la de las 35 compañías de seguros más importantes, y la de las empresas de gas y electricidad. Estas últimas y la de las minas de carbón y de hierro, que empezada en 1944 no llega a término hasta 1946, querrán ser encuadradas por el legislador dentro del molde técnico del establecimiento -



público, lo que constituye según RIVERO una deformación del concepto (20).

La adopción de un plan de carácter general para toda la economía en cumplimiento de lo dispuesto en la constitución de 1946, completa este cuadro esquemático de la intervención estatal en la economía francesa.

c') Italia.

No responde a una evolución tan clara, pero no por ello se produce menos intensamente el fenómeno de la intervención del Estado en la economía italiana. En relación a este país es necesario hacer notar que la intervención proviene de la época fascista habiéndose transformado de ordenamiento corporativo en planificación de los distintos sectores (21).

Dejando aparte las medidas que se toman después de la guerra para la reconstrucción nacional, la intervención del Estado en la economía se produce de una forma muy activa en cuanto a los precios y al crédito. Pero junto a esto es necesario mencionar la Casa del Mezzogiorno, creada por Ley de 10 de agosto de 1950, y el Comité para la ejecución de obras extraordinarias de interés público en las zonas atrasadas del Centro y del Norte de Italia, creado por la misma Ley.

Pero quizás el fenómeno más característico de la intervención italiana es la aparición de una serie de empresas estatales

(enti pubblici economici) y la participación del Estado en otras, fenómeno de tal magnitud que ha determinado la creación, por Ley de 22 de diciembre de 1956, de un Ministerio que tiene por único objeto la gestión de estas participaciones (22). La existencia del Institute per la Ricostruzione Industriale (I.R.I.), creado por decreto legislativo de 12 de febrero de 1948, es muy interesante por las analogías que parece presentar con nuestro Instituto Nacional de Industria.

Por último, es necesario citar la más importante manifestación de la planificación económica italiana, el Plan Vannoni, o esquema de desarrollo del empleo y la renta en Italia en el decenio 1955-64, aprobado en las sesiones del Consejo de Ministros de 12 y 26 de junio de 1956, lo que completa esta somera misión de la intervención económica en Italia.

d') España.

En cuanto a la situación española parece innecesario referirse a ella, ya que el nuevo Estado español profesa principios totalitarios y tiene por tanto un decidido propósito intervencionista, que inspira nuestras Leyes Fundamentales. Así por ejemplo se deduce de los puntos VIII y XI del Fuero del Trabajo, el párrafo segundo del artículo 30 del Fuero de los Españoles, y por todos ellos los principios X y XII de la Ley reguladora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional.

Dejando aparte los monopolios de carácter fiscal, responde -

al criterio señalado la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria de 24 de octubre de 1939, la creación de la Fiscalía de Tasas, y de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes y sobre todo la creación por Ley de 25 de septiembre de 1941 del Instituto Nacional de Industria, este por referirse sólo a los organismos más importantes (23).

La promulgación del Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959 ha hecho perder en parte al público la conciencia de este propósito intervencionista del Estado puesto recientemente de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley de Bases de Ordenación Bancaria de 14 de abril de 1962. Buena prueba de ello es la nacionalización del Banco de España, llevada a cabo por Decreto-Ley de 7 de junio de 1962.

La creación del cargo de Comisario del Plan de Desarrollo Económico por Decreto de 1 de febrero de 1962, es, entre las recientes, la más importante manifestación de este propósito intervencionista justificado al mismo tiempo por los dos órdenes de razones que constituyen los postulados teóricos del Estado español y las necesidades de nuestro tiempo.

#### B) Supuestos y causas del mismo.

La complejidad y diversidad de hechos enunciados en el apartado anterior constituye la base del efecto psicológico en virtud del cual los árboles de todos y cada uno de los hechos intervinientes no nos dejan ver el bosque del fenómeno de la intervención

en sí. La inexistencia de una base de partida suficientemente sólida ya que respecto a este concepto todo es inseguro y dudoso - nos obligará durante el resto del presente capítulo a examinar una serie de aspectos de la actuación del Estado en la economía comenzando por los supuestos y causas próximas de la misma ya que para nosotros las causas internas y más profundas ya se dejaren enunciadas en el capítulo I.

a) Los supuestos sociológicos.

La aparición del fenómeno de intervención del Estado en la economía no se produce como un hecho aislado y desconectado de la vida real, sino que por el contrario es consecuencia lógica de las formas de vida de nuestro tiempo. Por ello no podemos por menos de aceptar la afirmación de MANNHEIM (24) según el cual la planificación económica sólo será efectiva si las otras fases de la sociedad moderna están coordinadas de forma adecuada con la economía. Esta afirmación, hecha respecto a la planificación, que no es más que una de las formas de la intervención, la suscribimos por completo en cuanto al fenómeno general; no sólo en cuanto expresa un deber ser, sino también en cuanto estimamos que esa coordinación, supuesto sociológico del fenómeno que examinamos, se da en la realidad.

En efecto, entre nosotros señala GARCIA PELAYO (25) una serie de fenómenos de colectivización espontánea, que suponen en el campo de las formas sociales una base favorable a los fenómenos colectivizadores que implica la intervención estatal en la economía.

Entre estos fenómenos merece la pena destacar la socialización de la producción en el marco de la empresa, la socialización - del ejercicio profesional y de la investigación científica, el sentido social de la propiedad y su disociación respecto a la facultad de disponer del objeto sobre el que la propiedad recae, y por último la burocratización de la empresa privada de grandes dimensiones.

De ninguna manera intentamos indicar que estos hechos conduzcan a una intervención del Estado en forma de colectivización, pero sí que la suponen en importantes sectores sociológicos, los cuales desvirtúan el esquema de una sociedad que responde a los dogmas liberales. Son fenómenos cuya realización impide que repugnen a los hombres de nuestra época una serie de gregarismos que - puede preveer la colectivización de la economía. Gregarismos que hubieran repugnado con toda seguridad a nuestros bisabuelos de la época liberal.

#### b) Las causas próximas al fenómeno.

Ahora bien, junto a los supuestos sociológicos señalados, que suponen la realización de condicionamientos previos a la intervención del Estado en la economía, es necesario examinar las causas de dicha intervención. Para nosotros las causas profundas del fenómeno son las expuestas en el capítulo I, esto es, las contradicciones internas del capitalismo y la amenaza que supone la aparición del marxismo para los países de la Europa Occidental. Pero junto a estas causas remotas es necesario que nos detengamos en -

exámen de otras que la doctrina enumera y que podríamos llamar causas próximas.

a') Posturas doctrinales.

Entre la serie de causas a que se refiere la doctrina hemos escogido las mencionadas por JORDANA DE POZAS, PUGET y FRANCHINI, que como se verá a continuación, expresan la más profunda diversidad.

Para JORDANA DE POZAS (26) es preciso subrayar que el decide propósito intervencionista de la Administración de nuestros días no obedece a ninguna ideología política concreta, sino al aumento demográfico, al progreso material y técnico, la concentración de la población, la elevación del nivel general de vida, etc. Esto es, las causas se centran en la serie de hechos económicos y sociológicos a que ha dado lugar la evolución económica del capitalismo.

FRANCHINI en cambio (27) enumera como causas: 1ª. Evitar la quiebra de grandes empresas. 2ª. Motivos de política económica - 3ª. Seguridad nacional. 4ª. Motivos tradicionales del Estado liberal. Se mezclan por tanto desde motivos que obedecen a situaciones transitorias (política de autarquía) hasta los tímidos motivos de la época liberal, uno de los cuales era precisamente la seguridad nacional, pasando por razones que muestran el resquebrajamiento del sistema económico anterior. Más simplemente distingue PUGET - (28) entre la intervención por razones de orden público y la diri

gida a obtener beneficios.

b') Razón de la diversidad.

La falta de coincidencia de la doctrina, que a primera vista puede resultar extraña, está sin embargo perfectamente justificada. Los autores enumerados aciertan al señalar las causas indicadas más arriba, pero no porque ninguna de ellas sea la causa exclusiva de la intervención, sino porque lo son de la faceta que examina o en función del prisma a través del cual ven la totalidad del fenómeno.

Pues es evidente que la crisis de crecimiento del sistema capitalista contribuye a que el Estado intervenga, como lo es igualmente la necesidad de actuar por razones tradicionales del Estado liberal, sin olvidar los motivos de política económica que se presentan siempre. Y en más de una ocasión a la vez que estas finalidades, el Estado persigue la obtención de lucro.

Todo esto nos ilustra suficientemente en torno a un problema que, llegados a este punto de nuestro estudio, resulta imposible soslayar. La equiveidad del término intervención nos fuerza a plantear e intentar resolver la cuestión que se plantea en el epígrafe siguiente.

C) ¿Se puede hablar de la existencia de un concepto de intervención?

Nuestra posición en torno a la cuestión planteada es decidi -

damente negativa. Como acabamos de afirmar el empleo del término intervención, si bien es correcto por una parte lleva consigo una falacia de razonamiento por otra.

Estimamos falaz el término intervención ya que con él podemos estar refiriéndonos a fenómenos muy diversos. La reglamentación de las fábricas para evitar siniestros en ellas y la nacionalización de las mismas son ambos fenómenos interventores. Y sin embargo tienen un significado tan distinto, como la protección a la propiedad (entre otras causas) y el despejamiento de dicha propiedad. Intervención es la promulgación de leyes antitrust para preservar la competencia e intervención es la planificación compulsiva que la elimina totalmente. Esto hace que, en numerosas ocasiones, como por ejemplo en el problema de las causas próximas, la doctrina adopte posiciones diversas y todas ellas acertadas por referirse a hechos distintos que, aún siendo a veces de significado diametralmente opuesto, se cubren a efectos de denominación con el mismo término.

Sin embargo, por otra parte, estimamos correcto su empleo en cuanto que no existe otro vocablo que pueda designar la generalidad del fenómeno con un valor entendido. Lo sucedido es que el gigantismo del hecho en un período de tiempo comparativamente corto ha superado al progreso idiomático. Esto, unido a la serie de formas sociológicas y jurídicas en que la intervención se concreta, ha provocado la equivecidad del término. Para nosotros intervención (refiriéndonos a lo económico) se identifica sencilla-



mente con actuación del Estado en el campo de la economía. Esta afirmación que puede parecer a primera vista una tautología, no es, a nuestro juicio, más que la adecuación conceptual del término al hecho de la vida real, ya que todos los demás términos posibles que examinaremos después designan grados o formas de la intervención pero nunca la totalidad de la misma.

#### D) Aspectos políticos de la intervención.

Es necesario planteárselos ya que suponen los fundamentos sobre los que se basa la actuación de la Administración.

##### a) Los motivos y consecuencias políticas.

Acertadamente ha señalado entre nosotros GARCIA PELAYO (29) los motivos y consecuencias de la socialización, que a nuestro juicio son válidos también para el fenómeno general de la intervención.

Entre los motivos se enumera en primer lugar la estructura misma del Estado de nuestros días, en cuanto que este Estado soberano no puede tolerar que existan grupos más fuertes que él. Este se enlaza con las afirmaciones hechas anteriormente ya que no es más que una exposición realizada desde otro punto de vista de la necesidad que tiene el Estado de intervenir en cuanto se presente el problema de la aparición de los monopolios. La organización es total lucha contra ellos en defensa de la empresa más débil para mantener las condiciones de una competencia viable, pero también para conseguir debilitar a estos grupos fuertes que amenazan su poder. Y apenas estas grandes empresas industriales demostraron -

que no eran capaces de soportar las crisis e las guerras inherentes al sistema capitalista, fueron absorbidas e arruinadas por el Leviathan. Las mismas leyes de evolución interna del poder estatal hacen que los fenómenos económicos, tan directamente implicados - en el ejercicio efectivo de ese poder, no puedan quedar más allá de su esfera.

Por otra parte ciertos sistemas políticos, concretamente la Unión Soviética y las democracias populares, consideran la intervención como supuesto básico de su existencia, al igual que lo fueron las ideas de Libertad y Propiedad, para las colectividades políticas liberales del siglo XIX. Lo que enlaza con el hecho del marxismo, que también hemos apuntado anteriormente como causa.

Hasta aquí muy esquemáticamente, los motivos. Veamos ahora las consecuencias. Entre ellas es necesario referirse a las alteraciones en la estructura social que la intervención provoca, que están en proporción naturalmente con el grado e intensidad de la intervención. En un último extremo supondrían la desaparición de la burguesía como clase dominante, con la consiguiente sustitución por otra en la que, junto al equipo político, tendrían predominio los técnicos. Pero aún sin llegar a los últimos extremos de la intervención, es indudable que esta supone un paso del poder de manos de la burguesía a las de los técnicos y altos funcionarios al servicio del Estado.

Con lo que enlazamos ya con la segunda consecuencia, esto es, la burocratización, que es necesario se produzca al quedar encua -

drada la sociedad y dentro de ella la economía en unos esquemas racionales de organización. No en balde se ha referido la doctrina al aumento de poder de la burocracia en cuyo examen no podemos entrar porque nos apartaría del hilo central de nuestro estudio.

Per último otro motive señalado por GARCIA PELAYO (30) es - el crecimiento del poder del Estado, que se produciría al unirse en sus manos el poder político y el económico. Pero este, que debe ser enunciado como consecuencia y al mismo tiempo citado como problema, merece ser examinado en un apartado independiente.

#### b) Los grandes problemas políticos.

Junto a estos motives y consecuencias de índole política que expresan el fenómeno desde un punto de vista estático, es necesario que examinemos, siquiera sea someramente, por no entrar dentro del marco obligado de nuestra disciplina, la problemática política a que la intervención da lugar. Antes de entrar en su estudio será bueno que recordemos con ZANOBINI (31) que "la extensión mayor o menor de la ingerencia, y su penetración más o menos profunda en la esfera de la libertad individual, depende en parte de - circunstancias prácticas y contingentes y en una parte mucho mayor de las tendencias políticas en las que están inspiradas cada uno de los ordenamientos".

Esto es, durante nuestra exposición es necesario que tratemos de salvar las diferencias que ofrecen entre sí tanto los diversos grados de intervención (determinados por circunstancias -

prácticas) como las distintas ideologías que determinan esa intervención.

a') Intervencionismo versus libertad (32).

Al tratar de los problemas políticos de la intervención es preciso referirse, en primer lugar a la afirmación de GARRIDO (33) según el cual, "el intento de superar la antítesis intervencionismo-libertad constituye un tópico de la literatura reciente". La verdad de la afirmación nos ha impuesto una limitación en orden al examen de las posturas doctrinales que vamos a tratar de polarizar para hallar una solución más sencilla.

En primer lugar nos resulta necesario expresar nuestra disconformidad con la postura de FRAGA, el cual afirma, refiriéndose concretamente a la planificación, que "lleva a un Estado servil, donde no existen la libertad y la cultura" (34) y, páginas después que, a partir de cierto momento, la planificación económica no puede separarse de la cultural y política (35). Pues dejando aparte el hecho de que no pueden aplicarse sin más al fenómeno general de la intervención, afirmaciones hechas respecto a la planificación, que es sólo una de sus fases, lo cierto es que tampoco puede aplicarse lo que dice FRAGA a toda la planificación, sino en todo caso a una de sus especies, la que tiene lugar bajo un régimen soviético.

Más graves nos parecen en cambio afirmaciones como la formulada por HAYEK según el cual cuando llegue a ser dominada por un

credo colectivista, la democracia se destruirá así misma inevitablemente (36). Pues esta afirmación se aplica indistintamente al hecho de la intervención al suponer esta, en un grado mayor o menor, la colectivización de ciertas formas de vida social. Y no podemos pensar que sea ésta una postura aislada mantenida por un autor pesimista. Abunda en esta afirmación MASPETIOL (37) según el cual, en Francia, la libertad admitida para la realización del plan es una libertad para adherirse y aceptar. Las posturas de estos dos autores constituyen dos eslabones de una misma cadena. Mientras que HAYEK afirma la destrucción de la democracia por la colectivización que la intervención implica, la postura de MASPETIOL lleva consigo la creencia en que libertad y planificación, aún planificación democrática, son incompatibles. Este es, la colectivización, si no destruiría la totalidad del sistema democrático, si lo haría al menos con la libertad, base de dicho sistema.

Este planteamiento nos parece que debe ser rechazado puesto que supone enfrentar dos términos de un significado igualmente vago. El término intervención no tiene un significado preciso, según hemos expuesto más arriba, y por otra parte, la vaguedad del término libertad es algo que entra en la categoría de las cosas olvidadas de pure sabidas. No parece por tanto que se pueda, siendo totalmente lógico, considerar detalladamente una antítesis entre dos términos vacíos de una calificación conceptual bien definida.

No obstante, el esfuerzo científico en alas de la precisión,

no debe impedirnos considerar el hecho cierto que se oculta bajo algunas declaraciones retóricas. El crecimiento del poder del Estado y la centralización que esto lleva consigo pueden significar una disminución de la esfera individual dentro de la que el ciudadano común se mueve. Por tanto, aunque estamos de acuerdo con MANNHEIM (38) en que en este campo "todo depende de nuestra imaginación y nuestro esfuerzo individual" y por tanto no es lícito ensimismarse en posturas pesimistas, también estimamos necesario el examen de estos fenómenos de crecimiento y centralización del poder estatal.

b') El crecimiento del poder del Estado.

Presentan en cambio un gran interés los fenómenos de interconexión entre intervención económica y poder. Estos problemas se plantean en varios aspectos diferentes que pasamos a enumerar.

El primero y más importante de ellos es el de concentración de poder en manos del Estado. Esto se produce a su vez en varios órdenes distintos. En primer lugar porque la unión en abstracto del poder político y el económico en unas mismas manos haría que aumentase extraordinariamente la capacidad de presión que tiene ya sobre el individuo la actual organización jurídica y política (39). Pero este fenómeno que enunciaremos en abstracto se concreta en cuanto que el poder que actualmente está diseminado entre los empresarios capitalistas no sólo se transfiere sino que se aumenta extraordinariamente al ponerlo en manos del Estado (40). Y lo malo es, según ciertos autores (41), que este crecimiento del po-

der habría que valorarle negativamente, ya que no obstante sus inmensas posibilidades de coacción sobre el individuo, sería este un estado débil en cuanto a libertad para formular su política. Frente a esta afirmación no cabe otra postura que la de esperar, contra el criterio de quien la hace, que ese poder sea utilizado de acuerdo con criterios de racionalidad y fortaleza moral.

En otro sentido, al colocar en las manos del Estado la facultad de planificar, se le está atribuyendo según SANCHEZ AGESTA un nuevo poder, el poder de planeamiento (42), lo cual tiene un significado importante en una época como la actual en la que la idea de plan está extraordinariamente difundida y es universalmente aceptada.

Por último es necesario destacar el nuevo aspecto que presentaría la lucha por el poder en un Estado decididamente intervencionista (43). Pero este es un hecho marginal a efectos de nuestro estudio en el que no podemos detenernos ahora.

e') La centralización necesaria.

Ahora bien este aumento del poder del Estado no se produce sólo cuantitativamente sino también cualitativamente, en cuanto que una intervención económica eficaz debe llevar consigo una centralización y coordinación incompatibles con un poder difuso y mediatizado. De este modo aparece la centralización como una característica más.

Y este aparece tan imprescindible que, incluso MANNHEIM (44), partidario a ultranza de la planificación, y que sostiene la posibilidad de haberla compatible con un régimen democrático, afirma la necesidad de centralizar para planificar. El hecho está ya tan en la conciencia de las gentes que se afirma como algo indiscutible incluso al tratar materias no relacionadas directamente con el tema (45). Nosotros nos limitamos por tanto a hacerle constar, sin entrar en una valoración del mismo, y mucho menos en la problemática que se deriva de él.

d') La tesis del cuarto poder económico.

Ante la amenaza que estos hechos suponen para la supervivencia de la sociedad política occidental tal como la conocemos, MURILLO FERROL (46) ha intentado arbitrar una solución proponiendo la creación de un cuarto poder, el poder económico, que completaría la tradicional división tripartita de poderes.

Esto no sería más que concretar las nuevas capacidades y atribuciones del Estado, en un nuevo Poder con lo que, a juicio de MURILLO, al institucionalizar la situación, podrían aherrarse muchos de los peligros que lleva consigo. El Poder económico así creado debería ocupar una situación marginal, equivalente a la actual - del Poder judicial, esto es, debería estar apartado de la lucha política diaria y confinado en la esfera técnica de su competencia.

Belle sueño difícilmente practicable. Entre otras cosas por -



que el esquema triple de la división de poderes presupone una postura formalista adoptada en orden a la ley, y no una delimitación material de la actuación del Estado. Sería por tanto completamente desordenador, tanto a efectos científicos como en la práctica, tomar en consideración las que hace MURILLO de iure condende en - terne a la posibilidad de existencia de dicho poder.

No estamos de acuerdo por tanto con la tesis de MURILLO, ni siquiera midiéndola en su estricto valer de simple desideratum. - Y ello porque somos optimistas en cuanto a la posibilidad de preservar la libertad individual. No es esta la primera vez que se - enfrenta la civilización occidental con semejante alternativa. - Nuestro papel, por el contrario, debe consistir en buscar los mejores técnicos necesarios para que, siendo un hecho, como lo es ya, la intervención del Estado en la economía, pueda no obstante salvaguardarse la libertad individual del ciudadano.

- e) La influencia de la intervención en el Derecho constitucional (47).

El planteamiento de esta serie de problemas políticos ha traído como consecuencia el reflejo de los mismos en el campo del Derecho constitucional. Vamos por tanto a referirnos a ello, distinguiendo la repercusión en la estructura constitucional de la - recepción por los diversos textos constitucionales.

- a') Las repercusiones en la estructura constitucional.

Al hacer alusión a este punto observamos la estrecha interre-

nación de fenómenos que en este campo se da. Pues si bien es cierto que el Estado se sumerge (llevando consigo normas directoras) en la economía de un país es cierto también que éste Estado no deja de estar influido por la intervención que repercute en su estructura.

En este sentido ha pedido afirmarse que la evolución de la democracia se ha llevado a cabo a través de la economía (48). Y bien mirado el hecho no debe extrañarnos, ya que siendo la verdadera constitución un trasunto de la sociedad que la sustenta, y siendo común en nuestros días la intervención más o menos intensa del Estado en la economía, la estructura constitucional no podía permanecer ajena al fenómeno. Junto a esta causa hay que colocar además otra de orden político práctico circunstancial ya que los documentos constitucionales son en gran medida una transacción entre los partidos con mayoría en las cámaras en el momento de su aprobación. Y es necesario tener en cuenta las ideologías interventoras de los partidos dominantes en la Europa de la postguerra, a la hora de redactar los textos constitucionales (49).

Esto nos explica la postura de SANCHEZ AGESTA (50) según el cual se perfila una nueva postura constitucional como consecuencia de dos rasgos característicos: una tutela política de la satisfacción de las necesidades económicas y una amplísima intervención del Estado en la vida económica con el propósito de reajustar la estructura económica y social.

Estas palabras de SANCHEZ AGESTA aparecen corroboradas por -

LUCAS VERDU (51), para quien el cambio de posición respecto a la época del Estado liberal repercute en el contenido de las constituciones (aparición de normas programáticas y del Derecho constitucional económico), incrementa el intervencionismo administrativo, y aumenta su ámbito (reformas administrativas, actividad industrial de la Administración, burocratización).

Todo esto hace que los textos constitucionales actuales - ofrezcan diferencias respecto a los de la época liberal, en cuanto que aparecen en ellos una serie de declaraciones y artículos que antes no existían. Veamos algunos casos.

b) La recepción por los textos constitucionales.

Se produce por primera vez en la Constitución alemana de - Weimar, que, no obstante consagrar la propiedad privada en el artículo 152 y la libertad económica en el 151, intentó en su artículo 165 -sin resultado según FORSTHOFF (52)- estructurar la economía según normas de Derecho público, insertándola en la Constitución política total. En esta misma línea está nuestra Constitución de 1931, que en su artículo 44 considera toda la riqueza del país subordinada a la economía nacional, estableciendo también la posibilidad de socializar la propiedad.

Sin embargo donde el fenómeno adquiere más interés es en las Constituciones italiana y francesa de la postguerra. Así el artículo 43 de la Constitución italiana de 1947 dice: "Por fines de - utilidad general la Ley puede reservar originariamente o transfe-

rir, mediante indemnización, al Estado, a entes públicos o a comunidades de trabajadores o de usuarios, determinadas empresas o categorías de empresas, que se refieren a servicios públicos esenciales o a fuentes de energía o a situaciones de monopolio". Respecto a esto, nos parece interesante recoger la opinión de ZANOBINI (53), según el cual el sistema italiano, aunque parece tender hacia los principios de la economía programada y la planificación, está lejos de acogerlos plenamente.

De mayor relevancia todavía es la recepción en la Constitución francesa. El preámbulo de la de 1946 decía textualmente: "Todo bien, toda empresa cuya explotación tiene o adquiere los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho, debe llegar a ser propiedad de la colectividad". Y el número 2 del artículo 25 se refiere a "un plan económico nacional que tenga - por objeto el pleno empleo de los hombres y la utilización racional de los recursos materiales".

Y si bien la Constitución de 1958 de la V República ha representado una atenuación de este sentido rotundo, no obstante, su artículo 34 dispone que "leyes programáticas determinan la acción económica y social del Estado" (54).

#### E) El sujeto activo de la intervención.

Hasta ahora hemos venido refiriéndonos siempre al fenómeno - de intervención del Estado en la economía. Dejando aparte el hecho de que esta intervención puede predicarse también de las cor-

peraciones locales, fenómeno en el que no nos interesa entrar - aquí (55), es necesario que nos ocupemos ya de averiguar qué - papel desempeña en esa intervención del Estado la Administración pública. Ello nos conduce al planteamiento del problema enunciado en el epígrafe siguiente.

a) ¿Se puede identificar intervención del Estado e intervención de la Administración?

El problema se ha planteado como consecuencia de la postura de un sector de la doctrina italiana, principalmente ZANOBINI (56) y BACCHELET (57) que distingue, desde un punto de vista jurídico, entre intervención legislativa e intervención administrativa, parcelando así aparentemente el fenómeno conjunto de la intervención estatal.

Esta distinción no ha sido aceptada pacíficamente por la doctrina. En Italia es discutida por SPAGNUOLO-VIGORITTA (58) según el cual toda intervención requiere una ley que la consagre, y a su vez esta ley necesita de un acto administrativo que la exija, por lo que, en este sentido, ley y acto administrativo son partes de un mismo instrumento de intervención y por tanto la distinción no aparecería científicamente justificada. Y en España - GUAITA, refiriéndose a los fenómenos de intervención del Estado en cuanto a conformación y configuración del orden social (entre los cuales tiene un interés tan revelante lo económico como es - indudable y se desprende del contexto) afirma que "intervención

del Estado quiere decir lisa y llanamente intervención y actividad de la Administración" (59); y continuando con su discurso - afirma que sin la Administración el Estado no pasaría de ser unos cuantos buenos propósitos (60), no advirtiéndole que esta afirmación, exacta respecto a la actividad del Estado en general, quizás no lo sea para la intervención.

a') Nuestra posición en torno al problema.

A nuestro entender la disconformidad con la tesis que distingue las dos formas de intervención obedece al equívoco siguiente. En el ámbito del Derecho interno al menos, la personalidad sólo - tiene relevancia práctica encarnándose en la personalidad de la Administración (61), ya que en la mayor parte de los actos de la vida jurídica corriente es la Administración la que actúa por el Estado.

Ahora bien, como para actuar en cuanto sujeto de la intervención no es necesario contratar, heredar, ni estar legitimado para actuar ante los Tribunales, nada obsta a que, además de la Administración, consideremos como sujeto de la intervención al poder legislativo. Tanto más cuanto que es necesario reconocer con ZANOBINI (62) que la personalidad del Estado es única y se refiere al conjunto de sus funciones, y lo único sucedido es que, al subrayar más de lo debido la intervención de la Administración, se ha olvidado que dicha intervención puede ser ejercida también por el poder legislativo (63).

Y en cuanto a la argumentación de SPAGNUOLO-VIGORITTA, arriba

citada, coincidimos plenamente con BACHELET (64) según el cual - no siempre es necesario un acto administrativo para hacer que se cumpla la ley, al menos en cuanto que las prohibiciones son operativas directamente. Problema distinto será el de la aplicación de la sanción a los contraventores, pero aún este problema se - planteará sólo excepcionalmente.

Para nosotros es claro que la intervención puede llevarla a cabo el Estado a través de los poderes del mismo, pero la escasa importancia que a estos efectos tiene el poder judicial (65) hace que nos centremos exclusivamente en el examen de la intervención a través de los Poderes legislativo y ejecutivo.

b) La intervención del Estado a través de los Poderes del mismo.

Las diferencias existentes entre intervención legislativa e intervención administrativa no se basan únicamente en el sujeto de la intervención, sino también en el contenido de la misma. Siguiendo a BACHELET (66) consideramos la intervención legislativa como la que está dirigida a limitar de varios modos la autonomía de los productores y consumidores privados, orientándola hacia el cumplimiento de las directrices económicas, sociales y políticas del Estado; mientras que la intervención administrativa se desenvuelve de muchas maneras: actividad de ascertamiento, actividad de dirección y control sobre las economías privadas, ejercicio directo de actividades económicas por parte de la Administración pública.

Pero un intento de comprender por completo este problema - nos fuerza a profundizar en la investigación acerca de la distribución, su significado y sus causas.

a') La distinción entre intervención legislativa y administrativa.

a'') Las causas de la misma.

Según señala BACCHELET (67) el fenómeno de la distinción entre intervención legislativa y administración no es privativo de la actuación económica, aunque en ella resulte más interesante, - por dos órdenes de razones.

De una parte está el mito del siglo XIX, de la absoluta libertad económica, que dejó como herencia a los países occidentales la necesidad de promulgar leyes formales para intervenir en la vida económica. De otra parte se hace tanto más necesaria la distinción cuanto que el crecimiento de la intervención del Estado en la economía tiende a hacer desaparecer el límite entre la actividad legislativa y la administrativa, sea por razones de capacidad (imposibilidad de que el legislador apruebe toda la reglamentación) o de calidad (dinamicidad de los fenómenos económicos).

b'') Su significado.

El último hecho enunciado priva de sentido hasta cierto punto a la distinción, ya que comporta, en las actuales circunstancias de transición, la creación de una zona gris (68) que no -



puede redundar más que en perjuicio de la ley y en beneficio de la Administración, puesto que la intervención termina por ser - una actividad de la Administración realizada indistintamente por medio de actos de carácter general o individual (69). Y así el - carácter reglamentario de la mayor parte de las disposiciones que concurren a la ejecución de prescripciones de la economía global dan una gran flexibilidad a la Administración, que no está obligada por derechos adquiridos y puede modificar en todo momento - las medidas de aplicación (70).

Labor del jurista es precisamente el reajuste de esta situación que pone en peligro la sujeción de la Administración a la - ley y con ello el Estado de Derecho en el marco de nuestra disciplina.

b') La intervención legislativa.

Según MASPETIOL (71) revisten siempre un carácter excepcional las leyes que se refieren directamente a lo económico. Y realmente hay que reconocer que, salvo las declaraciones contenidas - en los textos constitucionales, el resto de la regulación la suele hacer la Administración por vía reglamentaria. Esto es indudablemente una de las razones de esa flexibilidad de la Administración que no se ve obligada a respetar derechos adquiridos.

Esto es tanto más grave cuanto que, muchas veces, los poderes públicos son llevados por una necesidad interna a dar una interpretación muy flexible y a veces muy audaz de la legalidad. Y de

acuerde con esto la Administración da pruebas de un excesivo optimismo en cuanto a las posibilidades legales que se le ofrecen (72).

El problema resulta tanto más grave cuanto que estando en - cargado el Poder ejecutivo del control de las medidas económicas y el legislativo del control del ejecutivo, las relaciones de ambos poderes se hacen delicadas. Sin contar con la pérdida de sentido jurídico que suponen para la Administración los hechos señalados más arriba (73).

e') La intervención administrativa.

a'') Generalidades sobre el concepto.

GARRIDO FALLA (74) al pasar revista a las posturas doctrinales existentes en torno a la intervención administrativa, examina la postura de PRESUTTI, que enumera entre las formas de intervención un tercer sector en el cual la intervención administrativa se manifiesta con más fuerza y en el que la satisfacción de ciertos fines la asume la Administración bien por sí misma, bien mediante concesionario. Y poco después examina la postura de RIPERT, para quien la forma máxima de intervención es la nacionalización.

Sin embargo, desecha estas ideas que quizás nos hubieran sido útiles en el campo de la intervención económica afirmando que PRESUTTI no se refiere a la intervención administrativa sino a las intervenciones estatales en general; y RIPERT está hablando

de un tema distinto como es el de la invasión del Derecho privado por el Derecho público. Después de lo cual se adapta a la terminología de JORDANA adhiriéndose por tanto a la tricotomía policía, fomento y servicio público. Esto hace que no podamos aplicar a nuestro campo las investigaciones de GARRIDO, lo que parece muy razonable por dos motivos.

En primer lugar porque GARRIDO se está refiriendo a formas y no a conceptos de la intervención administrativa. En segundo lugar porque para él el objeto intervenido es toda la Sociedad - (75).

Claro es que nosotros no podemos continuar por este camino, dada la limitación del objeto de nuestro estudio. Trataremos pues de averiguar por otra vía que sea realmente la intervención administrativa en el campo de la economía.

#### b'') Nuestra posición.

Es muy sencilla. Consecuentes con nuestra afirmación transcrita más arriba de que no existe un concepto de intervención en lo económico, enfocándolo desde un punto de vista preciso, negamos ahora también que exista una intervención administrativa, como tal concepto unitario, pues el fenómeno de la intervención en la economía encubre una serie de realidades no distintas, sino - inclusive diametralmente opuestas, y la actividad de la Administración es muy diferente en cada una de ellas. Otra cosa sucede respecto al concepto de intervención legislativa, pues esta supone -

siempre la orientación de los ciudadanos hacia el cumplimiento de los fines estatales.

Esta imprecisión nos fuerza ya a examinar los diversos grados y formas de intervención, cosa que haremos en el apartado siguiente.

## 2) Los diferentes grados de intervención.

Se refiere a este fenómeno SANCHEZ AGESTA (76) diciendo: - "La intervención de la actividad política en la vida económica es una tendencia creciente de los últimos cien años, cuya historia podemos hoy reconstruir. Nuestros bisabuelos la llamaron gracioso fomento, nuestros abuelos proteccionismo, nuestros padres, con un término que no vela un sentimiento de recelo o desconfianza, lo apellidaron intervencionismo económico. La planificación es el último eslabón de esta cadena".

El período bellamente construido de SANCHEZ AGESTA nos da una idea acerca del problema con el que hemos de enfrentarnos - ahora. Repetidamente hemos aludido más arriba a la serie de hechos diversos que encubre el término intervención. Intentaremos ahora analizarlos con la pretensión de conseguir respecto a ellos un orden conceptual. Ahora bien, esto no obsta para que pongamos de manifiesto de una parte las dificultades de aislamiento de los hechos y de otra la conciencia clara que tenemos de que no obstante responder globalmente cada uno de ellos a la mentalidad y las convicciones de una época determinada, se entrecruzan unos con -

otros de tal forma que rara vez existen dos grados de intervención que se excluyan absolutamente entre sí. Como dice LUCAS - VERDU (77) "su sucesión ha sido fruto de avances y retrocesos, de tensiones y situación transitorias según los casos concretos".

Todos estos factores que ya de por sí oscurecen una visión exacta del problema, se ven agravados por la diversidad de técnicas jurídicas a que los grados de intervención responden. Pues junto a la actividad de la Administración, tendremos que examinar fenómenos de intervención legislativa, y junto a los procedimientos de Derecho público veremos que a veces se han utilizado también procedimientos de Derecho privado.

#### A) La clasificación de los grados de intervención.

Constituye un problema de difícil solución por la diversidad de opiniones de los autores y los entrecruzados que están los conceptos unos con otros. Vamos a examinar primero las posturas doctrinales en torno al tema, que, no obstante su diversidad, estimamos pueden servirnos de orientación.

##### a) Posturas doctrinales.

Examinaremos sucesivamente las de MANNHEIM en la doctrina extranjera y las de GARCIA TREVIJANO, GUAITA y BALLBE en la española.

Para MANNHEIM (78) cabe distinguir tres etapas en cuanto al

grado de intervención del Estado en la economía:

- 1ª) La época absolutista.
- 2ª) La época del Estado liberal en que las empresas son aun pequeñas y pueden someterse al juego de la libre competencia sin necesidad de la intervención del Estado.
- 3ª) El Estado tiene que intervenir no para imponer la ley - sino para evitar la ruína de las pequeñas empresas, pero todavía en plan de aliviar los síntomas de la crisis.
- 4ª) El Estado tiene que intervenir para impedir la serie de desajustes que de continuar llevarían a la economía al caos.

Para MANNHEIM esta última situación desemboca fatalmente en la planificación:

La clasificación de MANNHEIM nos parece en líneas generales aceptable, Pero tenemos que hacerle tres objeciones que la desvirtúan en parte a efectos de nuestro estudio. 1ª. Que no es necesario incluir la época absolutista en el esquema. 2ª. Que está excesivamente centrada sobre el aspecto económico, desconociendo por tanto los otros factores que intervienen. 3ª. Que está construida a efectos dialécticos para demostrar la inevitabilidad de la planificación.

Otro punto de vista que merece la pena tener en cuenta es el de GARCIA TREVIJANO (79) que distingue tres fases:

- 1ª) En el campo del Derecho privado de una forma legislativa

o judicial.

- 2º) Mediante una política de fomento de la actividad privada.
- 3º) Mediante una actividad del Estado a través de la Administración, directa o indirecta.

Rechazamos la clasificación de GARCIA TREVIJANO porque a más de mezclar referencias a técnicas diferentes sin advertir que, al menos la actividad de policía se da aún en la época del Estado liberal puro, la hace inaceptable la vaguedad del último término de la misma. Esto sin tener en cuenta la ausencia de criterios económicos en dicha clasificación.

GUAITA (80) por su parte, considera que la intervención del Estado puede adoptar una de estas tres formas:

- 1º) Estímulo y fomento de la iniciativa privada.
- 2º) Presión sobre la sociedad para imprimir un determinado sentido a sus actividades.
- 3º) Prestaciones y servicios, que a su vez se ramifican en - instituciones jurídicas, servicios públicos, servicios uti universi, servicios económicos y bienes de dominio público.

A pesar de que estimamos valiosa en algún punto la clasificación de GUAITA, no obstante no podemos aceptarla íntegramente ya que el tercer número de la misma, concebido en términos pura y exclusivamente jurídicos, si bien útil a la hora de determinar los medios jurídicos de actividad de la Administración económica, es el

último término fragmentado de una gradación que GUAITA establece sin tener en cuenta el sustrato económico de la clasificación jurídica.

Por último queremos también dedicar nuestra atención a la clasificación formulada por BALLEE (81) que distingue:

- 1ª) Intervencionismo, con las características de complejidad, voluntariedad y asistematicidad.
- 2ª) Dirigismo con las notas de organicidad, sistematicidad y coordinación de fines.
- 3ª) Planificación, forma máxima en cuanto a la cantidad de ingerencia, pero también de sistematización de esta ingerencia.

Tampoco damos por buena la clasificación de BALLEE en cuanto que para nosotros resulta muy interesante el estudio pormenorizado de las distintas fases de lo que llama BALLEE intervencionismo, mientras que, como expendremos después, el dirigismo, muy próximo a la planificación, no merece en la actualidad actuar de segundo término de una clasificación detallada y precisa (82).

#### b) Nuestra posición.

No obstante las líneas de crítica que hemos introducido después de cada clasificación, las hemos recogido por entender que son aprovechables en cuanto tienen una serie de puntos de coincidencia que constituyen otros tantos aciertos. En efecto MANNHEIM,



TREVIJANO y GUAITA coinciden en apreciar la existencia de una etapa liberal, que parece indiscutible. E igualmente lo es la planificación a la que está abecada la economía y respecto a la cual BALLBE se muestra conforme con MANNHEIM.

Ahora bien, entre estos dos puntos extremos de partida y de llegada se plantea la cuestión, en cuanto a la denominación de los otros períodos. Poniendo en conexión el punto tercero de los enunciados por MANNHEIM con el primero de la clasificación de GUAITA tendremos un grado definido en el que el Estado actúa para mantener la competencia (según MANNHEIM), presionando a la sociedad para imprimir un determinado sentido a sus actividades (GUAITA), y realizando entre otras formas sus propósitos en el campo del Derecho privado de una forma legislativa o judicial - (TREVIJANO). Este período debe colocarse a nuestro entender inmediatamente después de la época dorada del Estado liberal.

Por último nos parece indudable que entre esta fase y la de planificación, existe otra intermedia a la que parecen hacer alusión los números cuarto de la clasificación de MANNHEIM y tercero de la clasificación de TREVIJANO, en cuya fase el Estado interviene de una forma más o menos directa como sujeto activo para evitar el caos de la economía.

Distinguiremos pues a efectos de nuestro estudio cuatro grados distintos:

1º) La situación en el Estado del laissez-faire.

- 2ª) La presión del Estado sobre la sociedad para devolverla a la normalidad.
- 3ª) La intervención en forma de asunción parcial por el Estado de los medios de producción.
- 4ª) La planificación.

Ahora bien, antes de adentrarnos en su estudio queremos poner de manifiesto una vez más la realtividad de esta como de todas las clasificaciones en la materia ya que ni cronológica ni conceptualmente hay nada que impida la existencia de unos términos de la clasificación junto a otros.

#### B) La situación en el Estado del laissez-faire.

Su examen no ofrece graves dificultades puesto que responde a los moldes clásicos y universalmente aceptados en nuestra disciplina.

##### a) Las formas de actividad.

Durante esta época el Estado actúa, cumpliendo las consignas de la mentalidad liberal, para limitar las actividades de los particulares por motivos de orden público (policia) y para alentar a la iniciativa privada donde esta se muestra desanimada o deficiente (fomento). Además mantiene el Estado durante esta época una serie de servicios públicos, pero debajo de esta apariencia no se encuentra en realidad al Estado que lleva a cabo prestaciones en beneficio de los particulares sino el Estado-seberano o el Estados fisco (83).

El hecho determinante y característico de las tímidas medidas interventoras del Estado liberal es, según CHENOT (84), la inserción de procedimientos de Derecho público en la vida económica. A este responde la reglamentación tradicional de las industrias insalubres, incómodas y peligrosas, introducida en Francia por una vieja ley de 1810 aun vigente (85), y de la que dan amplias referencias en Italia ZANOBINI (86) y en España GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS (87).

C) La presión del Estado sobre la sociedad.

Se produce cuando todavía se considera posible mantener la libre competencia, y aunque en parte coincide con el primero de los puntos de la clasificación de GARCIA TREVIJANO (88), la coincidencia no es total ya que si bien es cierto que se llevan a cabo medidas de intervención legislativa, el fenómeno se produce también a través de otros cauces distintos. Estudiemos ambos casos separadamente.

a) Per medio de intervención legislativa.

Se concreta principalmente en la legislación antimonopolística respecto a la cual vamos a examinar, siguiendo a TAMAMES (89), los casos de los Estados Unidos, Alemania e Inglaterra.

Respecte a los Estados Unidos (90) la primera manifestación de la legislación antimonopolística fue la ley Sherman anti-trust de 1890, seguida a una distancia de casi veinticinco años por la

legislación anti-trust de 1914 concretada en la ley Clayton anti-trust de 1914 y la ley de la Comisión Federal de Comercio de la misma fecha, que tienen como antecedentes el mensaje del Presidente WILSON al Congreso en el que se esbozaba el programa de esta legislación.

Sin embargo, aceptuando la época que abarca los mandatos - presidenciales del primer Roosevelt y de Taft, conocida como la "era de los trust" (91) puede decirse que la eficiencia de esta legislación fue de corte aleance. En cuanto a la ley Sherman se ha dicho que su eficacia global inmediata no fue ni siquiera mediana, pues a lo largo de la década que siguió a su promulgación la industria norteamericana experimentó un notable proceso de concentración que se vió acompañado de toda clase de secuelas monopolísticas (92).

Por otra parte y en cuanto a la legislación de 1914 sus efectos no fueron mayores ya que se vió en gran parte desvirtuada por la ley Webb-Pomerene de 1918 que establecería importantes excepciones en cuanto al comercio exterior, y por la ley de recuperación de la industria nacional, promulgada durante la primera fase del New Deal, que, con sus códigos de competencia, dejó prácticamente en la penumbra toda la legislación anti-trust durante los años 1935 a 37 (93). Sin embargo, y a pesar de todos los esfuerzos la gran empresa habría triunfado (94).

Según TAMAMES (95) el hecho de que todavía hoy siga vida la polémica en torno a la concentración económica y a la eficacia de

la legislación preventiva de sus inconvenientes es, sin duda, la demostración de que la cuestión misma continua en pie sin que a ella se haya dado solución definitiva.

Respecto a Alemania (96) es notable el Decreto sobre los trusts de 2 de noviembre de 1923. Comentando esta disposición va a poner de manifiesto FORSTHOFF las dos ideas que para nosotros presiden este grado de intervención. Efectivamente dice FORSTHOFF (97): "se trata de un intento de retornar a las relaciones entre Estado y economía existentes antes de la primera guerra mundial y que la guerra misma y la postguerra después habían destruido". Y páginas después (98) continua diciendo: "El Decreto sobre los trusts es notable como un intento de mantener coactivamente la economía autónoma, por el cual aumentan los derechos de intervención del Estado en el orden social, derechos a los que no puede negarse el carácter conformador, ya que están dirigidos al establecimiento y fortalecimiento de un tipo determinado de economía". Este es, se ponen de manifiesto las dos ideas centrales que presiden el epígrafe: el Estado interviene para mantener la economía de libre competencia.

En la legislación de postguerra merecen destacarse la ley americana número 56 sobre "Prohibición de la concentración excesiva del poder económico alemán" y las ordenanzas británicas número 78 y francesas números 95 y 96 con el mismo objeto. Junto a esta legislación de las potencias de ocupación se encuentra la ley federal de cárteles de 1957 actualmente vigente.

Per último en cuento a Inglaterra (99) es necesario mencionar las leyes de 1948 y 1956 contra los monopolios. Aun aquí estas han merecido el juicio siguiente: "Lo que está claro es que el camino hacia un control efectivo del monopolio será posiblemente largo y difícil y las leyes de postguerra no son sino los primeros e inciertos pasos" (100).

En este caso hay que dar la razón al tantas veces citado HAYEK (101) cuando dice que las leyes sobre sociedades y patentes no sólo han restado eficacia a la competencia, sino que han llevado a su destrucción en muchas esferas. La insuficiencia de la legislación anti-monopolística se hace patente, por ejemplo, cuando el monopolio está basado en la propiedad de todos los suministros de un mineral. En este caso la ley no puede hacer nada para restablecer la competencia (102).

b) Per deformación de las nociones de policía y servicio público.

Pero junto a esta intervención legislativa se produce durante el grado de intervención que examinamos otro fenómeno que CHENOT señala (103). Se trata de la presión que llevan a cabo sobre la sociedad los poderes estatales mediante una deformación de las nociones tradicionales de policía y servicio público.

Un ejemplo digno de mención es el de las normas francesas que permitían a las autoridades municipales establecer una tasa sobre los precios en circunstancias excepcionales. Posteriormente

se utilizaron dichas normas para realizar a través de ellas una verdadera política de precios. Otro ejemplo sería el de la legislación laboral que empieza teniendo el carácter de reglamentación de policía para desviarse después hacia otras finalidades.

Y junto a esta deformación de la policía se produce también la del servicio público, que existiendo sólo en un primer momento en materias inherentes a la soberanía o de carácter asistencial, evoluciona hasta el servicio público de carácter industrial y comercial, que puede ser utilizado como cauce de una política económica (104).

D) La asunción parcial por el Estado de los medios de producción.

En un tercer momento la intervención del Estado en la economía obedece ya a motivos distintos. No se trata de mantener el principio de libre competencia sino de alterar esa competencia por medio de la irrupción del Estado en el mercado, hecho que se produce para evitar el desequilibrio económico o el empobrecimiento que amenazan llevar al país al caos o a la depauperación. Para ello es necesario que el Estado pierda su neutralidad mediante la asunción parcial de los medios de producción, especialmente en el sector de la industria.

Esto hará que dicha actuación del Estado pueda plantarse también como un enfrentamiento con los grupos monopolísticos, con lo

que se unen los dos fenómenos: intervención para evitar el caos, y crecimiento del Estado a consecuencia de sus leyes internas - que provoquen el fenómeno de concentración masiva del poder.

Enfocadas las cosas de este modo resulta explicable que sea contra este grado de intervención contra el que han protestado - más enérgicamente los partidarios de mantener a toda costa el - sistema de libre competencia. Y así HAYEK (105) afirma que hay - serias razones para dudar de si, aún en los casos en que el monopolio es inevitable, el mejor camino para dominarlo consista - en ponerlo en manos del Estado. Estas razones van a ser expuestas por LEWIS, el cual considera por una parte (106) que la nacionalización no es el único procedimiento de control ya que los monopolios pueden ser vigilados por el establecimiento de un tribunal para controlar los beneficios, o fijar los precios y las - condiciones de servicio; y por otra parte (107) que la nacionalización de los monopolios es deseable con frecuencia, pero no lo es que la nacionalización sea un instrumento para aumentar la monopolización.

Sin entrar en el examen de estas afirmaciones nos permitimos recordar la incapacidad de la economía monopolística para superar las crisis internas del sistema, y el peligro de cumplimiento de la profecía dogmática marxista que predice la concentración del capital en unas pocas manos.

#### a) Clasificación.

Ahora bien, siendo este fenómeno más común de intervención



sobre el que ha recaído la investigación y que, dejando aparte - la planificación se considera como hecho típico es necesario que procedamos a una clasificación del mismo, no sólo porque es esta la misión del investigador sino también porque siendo la sistematización una de sus notas características, la necesidad de clasificación se impone aquí más fuertemente que en otras ocasiones.

Normalmente se procede a clasificar este fenómeno según los distintos matices que se produzcan en cuanto al titular de la empresa, una vez asumidos los medios de producción por el Estado. - Así ha surgido una gran confusión entre los conceptos de socialización, nacionalización, colectivización, etc. Nosotros distinguiremos para mayor claridad dos clases de intervención dentro de este grado.

- 1ª) La que se produce al ser creada la empresa ex novo por el Estado.
- 2ª) La que se produce cuando el Estado se apropia mediante los procedimientos jurídicos adecuados de medios de producción ya existentes.

Como quiera que las principales dudas han surgido respecto al hecho indicado en el número segundo de nuestra clasificación es preciso que pasemos a hacer algunas.

#### b) Precisiones terminológicas.

Para referirse al hecho de la apropiación por parte del Estado de medios de producción ya existentes con el fin de intervenir

en la vida económica, se emplean de una forma vaga y genérica - términos como colectivización, nacionalización, socialización, etc.

Para nosotros el más general de estos términos es el de colectivización, frecuentemente confundido con nacionalización, sin advertir que el segundo es sólo una parte del primero (108). Ahora bien, el término colectivización puede entenderse en el sentido de intervención de toda la economía por parte del Estado (109), o también en el sentido de paso de los medios de producción de la propiedad privada a la colectividad. Nosotros nos inclinamos por esta segunda acepción ya que nos resulta en gran manera interesante a efectos de la materia que se expendrá en un grado ulterior de nuestro estudio, distinguir cuidadosamente la planificación de los restantes hechos.

Por tanto estimamos con GARCIA PELAYO (110) que todos los demás deben incluirse dentro del fenómeno general de la colectivización. Dejando aparte el término dirigisme, tomado de la doctrina francesa, y que para nosotros tiene una significación bien clara, estos fenómenos pueden reducirse a los siguientes:

1ª) Socialización. Se produce a nuestro entender cuando el Estado, tras desposeer a los propietarios privados de los medios de producción, transfiere estos a una empresa dotada de personalidad, en la que la gestión se lleva a cabo conjuntamente por representantes de los obreros, técnicos y consumidores, en cuanto representantes de la sociedad, con una participación mínima del Es-

tado en dicha gestión a efectos de conciliación de los grupos - (111).

2º) Nacionalización. Se produce cuando el Estado transfiere los medios de producción a una empresa dotada de personalidad jurídica en cuya gestión la participación estatal es variable pudiendo llegar a veces a ser única.

3º) Estatificación. Se produce cuando el Estado asume por sí mismo la dirección de la empresa mercantil o industrial encomendándola a la gestión de uno de sus órganos y sin otorgarle por tanto personalidad jurídica (112).

No interesándonos en este momento profundizar en estos hechos sino sólo subrayar su existencia pasamos inmediatamente al estudio de

#### E) La planificación.

Nos toca por último enfrentarnos con el concepto de planificación considerado unánimemente como la forma extrema de intervención del Estado en la economía. Sobre las dificultades que se plantean usualmente al tratar estos temas, en el campo de la planificación estas aparecen aumentadas por la vaguedad de significado del término, que constituye justamente uno de sus mayores atractivos de cara al gran público (113). Por ello ha pedido decir acertadamente SANCHEZ AGESTA (114) que "a favor de su identificación y simpatía intelectual el término ha venido a enriquecer el acorbe

de palabras mágicas de que se sirven los políticos".

Por otra parte, presentada la planificación como la única - alternativa posible ante la desintegración (115), se nos advierte por parte de distintos autores que es necesario renunciar a una serie de predisposiciones personales que oscurecen el tema (116) ya que siendo este inevitable lo único que podemos hacer es elegir entre buena y mala planificación. Por tanto un examen objetivo de la cuestión debe partir de los tres puntos de vista previos que FRAGA (117) señala:

- 1ª) Que hoy el problema de la planificación se discute ya - más en su grado que en su principio.
- 2ª) Que todavía son muchos los problemas que resolver al respecto.
- 3ª) Que admitido el principio subsisten notables inconvenientes que se intenta paliar.

Ahora bien, aun estando dispuestos a aceptar estas aseveraciones previas, se hace indispensable profundizar en el concepto que ha sido enunciado como el principio regulador especial de la convivencia occidental (118). Tanto más cuanto que las circunstancias cambiantes de nuestro tiempo hacen que las cosas vayan muy deprisa en estos terrenos. Tan cierto es esto que cinco años después de la edición del tantas veces citado libro de HAYEK, según el - cual la planificación era incompatible con la democracia, la - O.E.C.E. recomendó en 1948 a los países miembros la planificación como consecuencia racional de la intervención iniciada en todas -

partes (119).

a) Las diferentes formas de considerar el problema.

Lo dicho anteriormente nos obliga a intentar esclarecer el problema planteado. Para ello nos parece importante distinguir previamente los aspectos económico, político y jurídico del mismo.

a') Aspectos económicos.

Resulta indudable incluso para un observador superficial - que la planificación como sistema, aunque quizás no la idea de plan aisladamente considerada, tiene un origen económico. La serie de hechos determinantes de la intervención del Estado en la economía y el carácter irracional y asistemático con que esta intervención se produjo hicieron necesaria la idea de planificar - como manifestación última de racionalidad en el campo económico y técnica superior para reducir los conflictos y determinar el - desarrollo económico-social. (120).

Ahora bien, a pesar de haber sido presentada repetidas veces la planificación como término opuesto irreductiblemente a - la democracia, vemos que también se afirma que la planificación se aviene con el pensamiento de que en ciertos terrenos circunscritos rija el principio de la libre competencia, de la lucha, - de la libre formación (121). Y por otra parte se nos habla de - una planificación en régimen de propiedad privada de los medios de producción (122).

La razón de esta aparente contradicción es que existen dos  
a'') Clases de planificación.

Y justamente esta profunda diferencia entre ambas es lo que justifica la diversidad. Resulta en efecto extraordinariamente raro que la palabra planificación se utilice para expresar dos realidades tan distintas como la soviética y la democrática.

En la primera de ellas una oficina central (Gossplan) elabora un plan para toda la economía, que se aplica después por diversos organismos gubernamentales a los distintos sectores. Dentro de cada uno de ellos este plan se aplica a su vez a cada una de las empresas, que deben producir un mínimo anual. Naturalmente los medios de producción están en manos del Estado que nombra a los directores de las empresas y suministra el capital móvil, siendo también el que decide lo que deben consumir y ahorrar los ciudadanos. Esta intervención se lleva a cabo también en el terreno de la agricultura, en el que las explotaciones en manos del Estado tienen un funcionamiento parecido a las industriales mientras que en las restantes las asociaciones de campesinos están fuertemente controladas por el Estado. Vemos por tanto que en el sistema soviético las altas autoridades políticas deciden lo que va a ser producido, consumido y ahorrado por los ciudadanos (123).

Un carácter muy diferente tiene la planificación en los países occidentales, en los el principio de libre competencia y de propiedad privada subsisten. Nos encontramos entonces con la pla-

nificación indicativa, también llamada flexible, que podemos considerar con BETTELHEIM como aquella que se pretende realizar sin actuar directamente sobre la producción y sin que el Estado sea propietario de los medios (124). El plan no intenta aquí ejecutar unas decisiones políticas en el campo de la economía, sino simplemente orientar a los empresarios privados, pero sin marcar directrices que se impongan coactivamente a los ministerios, a los servicios, ni a las empresas nacionalizadas. Dichos planes ejercen indiscutiblemente cierta acción sobre esas actividades, la cual no es dominante ni decisiva; constituye uno de los factores, entre otros muchos, que obra sobre dichas actividades (125). Este es por ejemplo el significado que tiene en Francia el plan Monnet (126) y en Italia el plan Vannoni que son las más importantes experiencias de la planificación occidental. Con lo cual la planificación llamada democrática se concreta en el campo operativo en unas directrices sistematizadas de política económica (127), y en el organismo en unas Comisariades del Plan con el carácter de Estado mayor pensante (128). En este sentido hay que tomar la afirmación de LEWIS (129) de que la "planeación" puede ser absoluta o estar combinada con una economía de mercado en varios grados, y la que hace páginas después (130) según la cual la "planeación" difiere fundamentalmente del laissez-faire porque sostiene que la demanda en sí misma no es algo sagrado sino algo que debiera ser controlado por el Estado.

b'') Dirigismo y planificación.

Llegados a este punto de nuestra investigación cabría que nos

planteásemos la cuestión de distinguir entre intervención, dirigismo y planificación. El término dirigismo fue acuñado por la doctrina francesa para referirse a la situación existente entre las dos guerras mundiales. Este dirigismo según BALLEE (131) se concreta en las metas de organicidad, sistematicidad y coordinación de fines (132) y según CHENOT (133) se refiere a una situación en la que el gobierno tiene en sus manos los resortes necesarios para orientar la demanda, situación sobre la que actúan los organismos de planificación.

Esto es, a diferencia de los estadios anteriores de la intervención, caracterizados por su falta de sistema, el dirigismo implica una intervención sistemática destinada a orientar la demanda en un sentido determinado (134) y comporta un conjunto de intervenciones que ... se inspiran en una serie de ideas generales e en algunos procedimientos generales (135).

Así las cosas resulta que el dirigismo se concreta en una deliberada intervención del gobierno en la vida del país mediante una actuación coordinada y reflexiva en materia de política económica (136). Aunque muy parecida, según BETTELHEIM (137), a la planificación flexible se diferencia de ella en que el propósito, el programa político del gobierno no se ha expresado en un plan concreto ni se han creado los órganos encargados de elaborarlo y ejecutarlo.

Este dirigismo no parece excesivamente interesante para la situación presente. Históricamente se concretó en la situación



francesa de entreguerras y en el New Deal norteamericano, pero hoy día siempre o casi siempre que se intenta llevar a cabo una política de este tipo se expresa en un plan. El dirigismo puede considerarse por tanto como el antecedente inmediato y directo de la planificación.

b') Aspectos políticos.

a'') Carácter político (138).

Junto a este aspecto económico de la planificación existe otro de carácter político, resultado de la repercusión de la economía en la política, que ha sido puesto de manifiesto por SANCHEZ AGESTA (139) según el cual un principio político trata de dominar de nuevo el orden económico con una unilateralidad que rebasa una justa ponderación del problema. Expediente característico de este experimento es la economía planificada.

Este carácter respecto al que se presentan agudizados todos los problemas políticos que hemos dejado enunciados para la intervención en general, envenena la investigación científica en el sentido de que resulta extraordinariamente difícil valorarlo al no especialista. Por tanto, tratándose de un tema tangencial a nuestro estudio, que sólo se propone dar unos puntos de vista generales sobre el problema, nos limitaremos a referirnos a la planificación como

b'') Principio rector de la sociedad.

Este hecho, que constituye la base real del magnetismo polí-

tico de que está impregnada la idea de la planificación, ha sido enunciado por LUCAS VERDU de forma extensa y detallada (140).

Resumiendo la postura del autor citade podemos afirmar que, siendo la planificación la más reciente manifestación humana para ordenar la convivencia, opera como principio rector de la comunidad. Comparativamente dice LUCAS VERDU (141): ... "el principio básico regulador de la convivencia política en la etapa liberal es la Constitución; el principio básico regulador de esa convivencia en el Estado democrático liberal intervencionista es el Derecho administrativo; por último el principio fundamental - que regula la sociedad occidental en la etapa de declinación del Estado contemporáneo es la planificación.

Salvando algunas pequeñas inexactitudes la idea de LUCAS VERDU responde a una realidad. Después de un primer momento ingenuo en que el hombre cree que la aprobación de un texto constitucional que responda a principios relacionados resolverá todos los problemas, pasamos a un segundo instante en el que tiene plena operatividad el lema "menos política y más administración" para desembocar en la situación actual en que el desajuste de la economía sitúa a los países occidentales ante el dilema planificación o muerte, lo que, como es natural, no deja de influir en la estructura política presente.

c') Aspecto jurídico-administrativo.

a'') La situación de la administración pública.

En nuestra opinión hay que distinguir según nos estemos re-

firiendo a la planificación totalitaria de corte soviético o a la planificación occidental.

En el primer caso la situación es clara. Siendo el Derecho administrativo por principio de carácter liberal ningún sentido tendría hablar de la situación de la Administración en relación con una planificación económica absoluta que no dejara ningún margen a la libertad del ciudadano. La imposibilidad de utilizar datos fidedignos en cuanto a la situación soviética nos veda una investigación para la cual carecemos de los elementos básicos.

En cuanto a la posición de la Administración en los países occidentales tenemos que distinguir puntos de vista. En primer lugar, y dado el carácter meramente indicativo de esta planificación, ella no supondría ninguna situación nueva que repercutiera en el status jurídico de la Administración ya que, estricto sensu, esta no se comportaría dentro de las relaciones originadas como poder público. En cuanto a la serie de actividades que comportan las actuaciones estatales en el campo de la economía, correspondientes a los restantes grados de intervención, constituyen para nosotros el contenido de la administración económica que nos proponemos estudiar más adelante.

Restan por tanto sólo dos aspectos interesantes: el estudio comparativo y perfeccionado de los órganos planificadores en los diferentes países que a nuestro entender escapan de los puntos de vista generales sobre los que versa nuestra estudio actual; y por otra parte el examen del plan como instituto jurídico admi

nistrativo, tema interesante, pero que sería preciso estudiar - detalladamente y al que tampoco podemos referirnos ahora.

b) El concepto de planificación.

Llegados a este punto de nuestro estudio, y a la vista de - las orientaciones que nos proporciona lo dicho hasta ahora nos - creemos ya en posesión de elementos de juicio bastantes para en- frentarnos con la delimitación del concepto de planificación, bien entendido que nos referimos exclusivamente a la planificación ec- cidental. Pero para ello es preciso que procedamos primero a efec- tuar una

a') Delimitación de otros términos afines.

Dejando aparte la confusión que puedan preveer las tradicio- nes defectuosas del término a nuestra lengua (142) debemos mencio- nar el hecho de que llevando consigo la planificación una tenden- cia, siquiera sea remota, a la sustitución o modificación de la - libre competencia, no cabe confundirla con otras ideas que se re- fieren a hechos localizados especialmente como socialización, na- cionalización, estatificación de empresas, y mucho menos con el - concepto genérico y amplísimo de intervención.

Pero la cuestión verdaderamente ardua se plantea en cuanto a los conceptos de planeamiento y programación. Para SANCHEZ AGESTA (143) el planeamiento indica el trazado o formulación de un plan, este es, constituye el punto superior de la escala, el prius lé- gico respecto a los otros conceptos, postura que suscribimos en -

absolute. Desde luego esta opinión no es aceptada pacíficamente por la doctrina. Así por ejemplo, para MARTINEZ USEROS (144), la elaboración de un plan es justamente la planificación con lo que no distingue entre planeamiento y planificación, aunque si lo haga posteriormente entre planificación y programación (145).

La confusión llega hasta el último extremo en la postura de MUÑOZ AMATO que no distingue entre planificación y programación hasta el punto de considerar la planificación como una programación del trabajo (146), idea que en puridad de doctrina no se puede aceptar más que contemplando la planificación desde un punto de vista muy general como manifestación de racionalidad. Consecuente con su postura MUÑOZ AMATO pone de manifiesto la falta de verdaderos programas de acción en muchos casos de planificación central (147).

Para nosotros existe una ordenación lógica de las tres ideas. Mientras que el planeamiento indica la elaboración del plan, la planificación supone la actividad de la administración, desde un punto de vista general, para la aplicación de dicho plan (148), y la programación la actitud reflexiva y ordenadora de su trabajo de cada uno de los órganos encargados de realizar una o varias tareas concretas (149). En este sentido si cabe suscribir la afirmación de MUÑOZ AMATO cuando destaca la importancia de la programación como parte indispensable de la actividad administrativa y requisito de cada uno de los actos administrativos (150).

La diferencia se hace todavía más clara si pensamos en los di

ferentes órganos que intervienen en cada una de las tres actividades. Para nosotros el planeamiento debe ser competencia de un órgano de estudio, que pase el proyecto del Plan a los órganos correspondientes del poder legislativo para la aprobación del mismo. Una vez realizada esta, la planificación debería ser llevada a cabo en sus líneas generales por los altos órganos coordinadores de la administración que impartirían directrices de actuación a cada uno de los organismos intervinientes, los cuales a su vez vendrían obligados a programar su actividad (151).

Sin embargo, a pesar de que científicamente nos parece justificada la distinción, hay que tener en cuenta que cada una de las tres concepciones nos da una idea de un momento distinto de un mismo proceso lógico, que usualmente suele designarse con el término genérico de planificación.

b') Exposición de nuestra postura.

Ahora bien, es preciso, a efectos de disipar el magnetismo de la idea, tener en cuenta que en cuanto manifestación de racionalidad que es, la planificación surge ex novo como principio ordenador de la sociedad pero esto no significa que aparezca con el carácter de Deus ex machina. Por el contrario, según MANNHEIM el primer paso hacia la planificación debe ser la aceptación del estado de lo existente. Con la planificación se pretende transformar una sociedad históricamente formada en una unidad regulada por los hombres con perfección creciente por lo que el concepto al que nos referimos responde a una conducta situada todavía den-

tro de la Historia (152).

Per tanto, hecha esta advertencia y distinguiendo entre - planeamiento y planificación, nos atrevemos a definir esta última consecuentes con nuestra postura, como la actividad realizada por los altos órganos coordinadores de la Administración pública consistente en presionar sobre empresarios privados e impartir directrices a empresas públicas u otros organismos inter venteros, con objeto de adaptar el proceso económico de un país a un Plan previamente elaborado y debidamente aprobado.

Delicada actividad esta, que al igual que la de gobierno es bría calificar con FRAGA IRIBARNE (153) de "operación difícil, - verdadera obra de arte", político y administrativo.

### 3. La Administración económica.

Tras el examen de lo que antecede nos resulta ahora preciso referirnos a las características con que interviene en el proceso describe la Administración pública, llamada a consecuencia de esta intervención en la economía, Administración económica.

#### A) Generalidades.

Ante todo es necesario poner de manifiesto el relevante papel que juega el Derecho en relación con esta actuación del Estado, y más concretamente de la Administración, en el campo de lo económico, pues, como ha señalado BALLBE (154), no se pueden imponer unos nuevos principios económicos sino es a través de cau-

ees jurídicos. Ahora bien esto nos debe hacernos pensar si siquiera remotamente que el Derecho aplicable a este tipo de relaciones sea perfecto, e impida, con sus mandatos específicos, actuar a la Administración en un sentido determinado. Por el contrario hay que pensar más bien que la Administración económica, como Administración nueva que es, reacciona a veces con ímpetu juvenil, reacciona a veces, podríamos decir, brutalmente (155).

Este hace todavía más necesario un planteamiento general del problema por parte del administrativista con objeto de arbitrar una serie de medios técnicos por medio de los cuales el Derecho de los particulares sea respetado. Problema que consiste nada más que en el estudio de la incidencia en el Derecho administrativo de la irrupción del Estado en la economía (156). Este problema no ha sido abordado hasta ahora con carácter general, según RIVERO (157), a causa de la mayor urgencia de los problemas concretos que planteaban hechos aislados que no son en realidad más que una parte, muy importante si se quiere, de la totalidad del fenómeno.

Sin embargo, a nuestro entender, es necesario enfrentarse con la realidad. "Estos problemas deben recibir una solución. ¿Y dónde encontrarla si no intentando aplicar a esta situación un régimen de conjunto definido por la referencia de la situación considerada a una calificación tradicional? Calificar, integrar en una categoría, reconocer en el esbozo trazado por la ley las líneas esenciales que permitan referirnos a un tipo jurídico ce-



necido, y completar el esbozo por medio de trazos superpuestos a ese tipo, he aquí una de las tareas fundamentales que se imponen a la doctrina y más directamente todavía a la jurisprudencia" (158). El administrativista, frente a esta situación, debe intentar restablecer el equilibrio de la dualidad prerrogativa-garantía. Prerrogativa de una Administración que, manteniendo los viejos fundamentos políticos, intenta llevar a cabo nuevos puntos de vista sobre la economía. Garantía de un particular que, reaccionado por el apartado de poder mayor de la Historia puesto que controla los medios de satisfacer las necesidades económicas, se ve urgido en el plano de su libertad individual por la necesidad de satisfacer esas mismas necesidades.

#### B) Puntos principales de la problemática.

Centraremos nuestro estudio en aquellos que consideramos básicos, para ofrecer a través de ellos una visión amplia, pero lo más precisa posible, de la Administración económica.

##### a) Significado y contenido.

Examinemos en primer lugar con que base jurídica interviene la Administración y a qué se refiere dicha intervención.

##### a') Significado.

La situación presente respecto a la actuación de la Administración en la economía es parecida a la que se daba a principios del siglo XIX respecto a la policía, el ejército, y demás servi-

cies respecto a los cuales el Estado debía desenvolver una actividad directa.

Recuerda GENY (159) que respecto a ellos sería más exacto hablar de servicios de soberanía, dándole a esta palabra el sentido más enérgico, ya que son servicios del Estado, y especialmente del Estado, poder público. En efecto en la gestión de dichos servicios se manifiesta en conjunto claramente la idea de imperium del Estado.

Ahora bien, hemos afirmado que en la actualidad la actuación de la Administración respecto a la economía es parecida a la de dichos servicios. ¿Debe entenderse por tanto que toda la actividad de la Administración en la economía deba encuadrarse dentro del molde técnico del servicio público, concebido en un sentido amplio o estricto? Se impone decididamente una respuesta negativa. Pues si bien es cierto que la actuación de la Administración está directamente relacionada con el ejercicio del imperium no le es menos que el concepto de servicio público resulta insuficiente por demasiado estrecho. Es necesario por tanto utilizar un criterio más amplio.

Refiriéndose a este problema recuerda GARCIA TREVIJANO (160) la distinción de la doctrina italiana entre servicio y función pareciendo inclinarse por el empleo de este último concepto en cuanto haría referencia al cumplimiento de los fines estatales. Rechazamos esta opinión por entender con GARRIDO (161) que el concepto de función como distinto del de potestad no debe admi-

tirse porque, a más de dejar sin acomode conceptual posible al de derecho público subjetivo, todas las potestades estatales - tienen de por sí la categoría de funciones. Nos inclinamos por tanto a considerar como base jurídica de la actuación de la Administración económica la supremacía de la Administración, y - por tanto su potestad de imperium ejercida respecto a estas materias, por ser en la actualidad inherentes a la soberanía estatal, ya que el Estado debe actualmente ocuparse de la Economía.

b') La amplitud del objeto de la Administración económica.

Debe entenderse en dos sentidos distintos. En primer lugar, cuando estamos diciendo actuación del Estado en la economía, es claro que esto debe referirse a toda la economía y no sólo a un sector de la misma. Al menos habría que incluir dentro de ella todo lo referente a industria, agricultura y comercio y además habría que tener en cuenta que se trata de una actuación respecto a la economía considerada de modo conjunto. Nos parece por tanto incomprensible como ha podido pensar VILLAR PALASI (162) - que "el quid novum de la actividad radica en la producción de bienes industriales". Para nosotros que es evidente que el quid novum es la posición global de la administración respecto a la economía, aun reconociendo la importancia que tiene el sector de la industria.

Pero en segundo lugar hay que tener en cuenta, como hace presente CHENOT (163), que la Administración económica tiene por objeto la reglamentación de la economía sea cual quiera que sea la

forma en que se lleve a cabo, hágase mediante una reglamentación autoritaria, mediante una intervención directa, o mediante una planificación.

b) Carácter dual de la Administración actual especialmente de la económica.

Ahora bien, teniendo en cuenta que según la acertada expresión de PUGET (164) en cierto sentido toda la Administración lo es (y lo ha sido siempre) "en" la economía, y a la vista de lo - anteriormente expuesto, no podemos por menos de entrar en el examen del problema a que se refiere el epígrafe.

Y este nos muestra la importancia de la Administración económica al mismo tiempo que la flexibilidad del Derecho administrativo. En efecto el hecho es que, al haber abandonado los poderes públicos su postura neutral y haber adoptado una posición decididamente intervencionista, la vieja máquina administrativa del siglo XIX ha visto surgir frente a ella otra faceta de la Administración mentada desde distintos puntos de vista. Esta nueva Administración no va a mantener ya una postura de *laissez-faire*, sino que va a intentar transformar o conformar la sociedad con objeto de conseguir un mayor desarrollo económico-social y una mejor distribución de la renta nacional, objetivos que consideran justos - aun los liberales más recalcitrantes (165).

El fenómeno, señalado por PUGET (166) ha sido expuesto magistralmente por FORSTHOFF (167), según el cual, la estructura de

La Administración moderna se encuentra determinada por el hecho de que, junto a la Administración que hemos llamado conformada - esa que interviene modificando el orden social, continúa en pie - en gran medida la Administración tradicional, que se enfrenta con el orden social como un "fait accompli".

Esta dualidad no deja de ofrecer una serie de inconvenientes, por una parte en cuanto que la Administración tradicional mantiene sujeciones muchas veces incompatibles con los fines a que atender (168), y por otra parte en cuanto que la dualidad lleva consigo desajustes que dan lugar a una serie de problemas, entre ellos los de control de las nuevas formas asignado al Poder ejecutivo - que mantiene delicadas relaciones con el legislativo. Otro problema, es, por ejemplo, el de la selección y perfeccionamiento de los funcionarios que no pueden tener las características tradicionales ya que no se puede someter a estos nuevos funcionarios a idénticas pruebas que a aquellos que prestan servicio en una Administración de corte clásico. Todo lo cual no debe hacernos olvidar - el hecho de que se trata en todo caso de una nueva faceta de la Administración que sigue siendo una en sí misma.

e) La amenaza de crisis del Derecho administrativo.

La aparición de esta nueva Administración o más exactamente de este nuevo espíritu, que se propone objetivos diferentes de los de la Administración tradicional ha dado lugar a que se hable por un sector de la doctrina de una posibilidad de crisis del Derecho administrativo clásico. Veamos los términos en que se plan

tea el problema.

a') Posturas doctrinales.

Si bien es cierto que entre nosotros se ha referido incidentalmente al problema GARCIA TREVIJANO (169), los autores que lo han planteado más directamente han sido en Francia RIVERO y en España VILLAR PALASI.

Para RIVERO (170) ha sido el fenómeno de las nacionalizaciones el que ha agravado y acelerado la crisis que antes de él quebrantaba ya el edificio clásico del Derecho administrativo, tal como se había levantado durante el primer cuarto de siglo. La crisis se manifiesta en una deformación de concepto que se produce a consecuencia de que las nuevas realidades que el legislador elabora, cubriéndoles con las clasificaciones tradicionales, son muy diferentes y encubren hechos muy distintos de los que dichas calificaciones recubren de ordinario. En este establecimiento público, en esta concepción, el Derecho administrativo encuentra dificultades para reconocer su establecimiento público y su concepción. Y después de estas afirmaciones (171) hace un examen de las nociones clásicas que se han visto afectadas, haciendo figurar entre ellas el servicio público, las normas que determinan la competencia de los tribunales, y el establecimiento público, por no referirse a otros problemas que surgen de nuevo y son de muy difícil solución, como el régimen de bienes de las empresas nacionalizadas.

VILLAR PALASI (172) adopta aun un punto de vista más rígido.

Según él con la aparición de la actividad económica de la Administración toda la estructura categorial queda insuficiente; ... de tal manera que ... cualquier otra solución que pretenda examinar las nuevas realidades a través de prismas anteriores conduye inexorablemente a una de estas dos vías: o a deformar los antiguos conceptos, quitándoles relevancia y fecundidad, o bien, - negando que el nuevo hecho encaje en los módulos antiguos, a abandonararlo dejándolo fuera del Derecho administrativo.

b') Nuestra posición.

Es decididamente optimista. Aún reconociendo la verdad que se contiene en las afirmaciones de RIVERO nos parece que no existe tal crisis en realidad. No porque no se haya dado la deformación de conceptos, sino porque siendo el papel del jurista el de tratar de conducir a los moldes elaborados los nuevos hechos es necesario intentar en primer lugar afrontarles con los elementos técnicos actuales, tras un estudio concienzudo de los hechos mismos. No estamos por tanto de acuerdo con las afirmaciones de VILLAR, ya que no creemos que se pueda afirmar con tanta seguridad que resulten insuficientes los moldes técnicos elaborados gracias a la deformación de los conceptos. Justamente no existiendo en nuestra disciplina una dogmática totalmente elaborada y teniendo en cuenta la flexibilidad propia del Derecho administrativo que repetidas veces ha sido puesta de manifiesto por la doctrina optimamos que es necesario y suficiente reelaborar los viejos conceptos remozándolos y perfeccionándolos. Estimamos perfectible -

toda obra humana y además creemos que el único camino a seguir, aun suponiendo que la crisis existiera sería intentar remediarla aprovechando al máximo los conceptos elaborados ya. En el próximo capítulo estudiaremos detalladamente de qué forma han influido los hechos económicos en la deformación de los conceptos básicos del Derecho administrativo, aportando nuestros puntos de vista sobre el problema.

#### e) Delimitación del concepto.

Visto lo anterior vamos a proceder ya a intentar ofrecer una definición de la Administración económica, aunque para ello tendremos que examinar previamente dos cuestiones importantísimas para el hallazgo de concepto.

#### a) Administración económica y Derecho de la economía.

Interesa en primer lugar poner de manifiesto la diferencia existente entre Administración económica y Derecho de la economía, nueva disciplina de contenido aun no plenamente delimitada según ZANOBINI (173), que se caracteriza por enfocar la economía desde puntos de vista muy generales incluyendo en el estudio normas de Derecho privado y de Derecho público, disciplina que ha sido cultivada preferentemente por privatista.

Según HUBER, uno de sus más importantes cultivadores, se entiende por Derecho de la economía el derecho especial de las fuerzas activas de la misma y también de los empresarios y trabajadores, en cuanto se refleja en él la situación jurídica de unos y -



estres sobre la ordenación de la economía, según principios de libertad y unión (174). Y según el mismo autor, este Derecho incluye normas jurídico-privadas, penales, procesales, administrativas y constitucionales (175).

Resulta evidente la diferencia que existe entre este Derecho de la economía y la Administración económica, disciplinada por normas de Derecho público (176).

b) La posible autonomía científica de la Administración económica.

Resulta indudable que la Administración económica constituye por su individualidad bien definida (espíritu, objeto, y procedimientos diferentes) una legislación especial, o más bien una rama especial del Derecho administrativo. Para ello reúne además las notas que CATALDI considera necesarias para que la especialidad se de (177), en cuanto que sus normas se refieren todas ellas a un mismo objeto, a un mismo fin de la actividad administrativa.

Sin embargo, poner de manifiesto la autonomía de las legislaciones administrativas no significa afirmar la existencia de tantos derechos correspondientes a ella (178). Por el contrario en la elaboración de las legislaciones especiales la investigación científica tiende a encontrar los principios generales del Derecho administrativo (179). Nuestra opinión es por tanto que la Administración económica no es más que una rama, la más importante si se quiere, de la Administración pública. Le serán por tanto de

aplicación todos los principios elaborados en la parte general - (180).

e) Definición.

a') Posturas doctrinales.

ZANOBINI (181) define a la Administración económica como la actividad de la Administración pública que tiene por objeto el - bienestar económico y el progreso general. Esta definición indicativa, si bien es cierta no parece que deba aceptarse por completo a causa de su vaguedad.

Junto a esta encontramos las definiciones que se dieron en la reunión del Institute Internacional de Ciencias Administrativas celebrada en Niza-Ménace en 1951 (182). En sentido restringido se consideraba la Administración económica como el conjunto de procedimientos y órganos por medio de los cuales se asegura la - creación y funcionamiento de las empresas públicas de carácter - industrial y comercial. En sentido amplio como el conjunto de procedimientos y órganos por medio de los cuales la autoridad pública interviene en la economía.

b') Crítica.

Tanto la definición de ZANOBINI como las dadas en la sesión del Institute a que nos hemos referido, son en sí mismas verdaderas pero cada una de ellas subraya un aspecto distinto. Mientras que en el concepto de ZANOBINI parece determinante la referencia

a la actividad de la Administración en relación con los fines, las definiciones del Institute subrayan el contenido de esa actividad, incurriendo en la imprecisión de considerar a la Administración económica como "un conjunto de órganos y procedimientos" sin introducir ninguna nota ordenadora en el conjunto y englobando indistintamente el aspecto orgánico y el procedimental.

La razón de esto es una confusión entre el aspecto material de la actividad que ofrece rasgos peculiares, y el aspecto subjetivo formal de la Administración económica, cuyo carácter dual desorienta y hace que se pierda la idea de que la Administración actuante es siempre una y la misma.

c') Nuestra posición.

Se deriva de las siguientes afirmaciones que resumen lo dicho hasta ahora:

- 1ª) La Administración actúa en el campo de la economía para el cumplimiento de los fines del Estado, con la base jurídica de su potestad de imperium derivada de la supremacía estatal.
- 2ª) En esta actuación es necesario incluir todos los grados y formas de intervención, cualquiera que sean los procedimientos utilizados.
- 3ª) El carácter dual de la Administración de nuestros días se refleja especialmente en este campo, lo que no debe oscurecernos la visión unitaria de la Administración.

- 4ª) Las normas que disciplinan la Administración económica son normas de Derecho público, lo que hace que dicha Administración se diferencie del Derecho de la economía.
- 5ª) La Administración económica constituye una legislación especial dentro del Derecho administrativo.

A la vista de esto nos atrevemos a proponer la siguiente definición.

La llamada Administración económica es la actividad de la Administración pública sometida a una legislación especial dentro del Derecho administrativo, cuyas normas regulan su actuación en orden a la economía, disciplinando las relaciones con el administrado (182).-

NOTAS.

- (1) HAYEK, Camino de servidumbre, trad. esp., 2ª ed., Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950, pág. 242.
- (2) CATALDI, Le legislazioni speciali, Bologna, 1956, pág. 78.
- (3) No está de más poner de manifiesto que, a nuestro entender, el hombre actual no pide seguridades económicas en vez de libertades políticas, sino las primeras como supuesto de las segundas.
- (4) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 10.
- (5) Intencionadamente dejamos fuera del examen del texto las medidas interventoras llevadas a cabo en la Unión Soviética y las democracias populares. V. para el estudio de dicho tema LESCUYER, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées, Paris, Librairie generale de Droit et Jurisprudence, Nouveau tirage, 1962 y en España, FERNANDEZ CARVAJAL, Las empresas públicas en Rusia, Revista de Administración Pública, núm. 3, 1950, pág. 435 y sigs. y la bibliografía indicada en ellos.
- (6) V. en cuanto a ellos la abundante bibliografía citada por LOPEZ RODO, Las empresas nacionalizadas en Inglaterra, Revista de Administración Pública, nº 3, 1950, pág. 376, en nota.
- (7) V. ROBSON, La Public Corporation en Gran Bretaña, Revista de Administración Pública, nº 22, Madrid, 1957, págs. 111 y sigs.
- (8) V. LOPEZ RODO, Ob. cit., pág. 389, y LESCUYER, ob. cit. pág. 10.

- (9) Per ejemplo los encargados de dar cumplimiento a la Ley de Pobres de 1841.
- (10) V. LOPEZ RODO, Ob. cit., pág. 382.
- (11) Lo dicho en el texto intenta sólo dar un punto de vista general sobre el hecho de la intervención. No entremos por tanto en el examen de la conveniencia de dichas nacionalizaciones ni de la subsistencia de las mismas.
- (12) MASPETIOL, Les techniques juridiques de l'economie globale, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle Serie, Recueil - Sirey, Paris, 1952, pág. 136.
- (13) LEWIS, La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1957, pág. 63.
- (14) V. GARRIDO FALLA, La intervención administrativa en materia económica y las corporaciones del Gobierno en Norteamérica, Revista de Administración Pública, n° 3, 1950, pág. 407.
- (14 bis) Ya que el caso del monopolio justificaba excepcionalmente en un sistema liberal la intervención del Estado en la economía. GALBRAITH, Capitalisme americain, Editions Ariel, 1955, pág. 93.
- (15) MASPETIOL, Les techniques juridiques de l'economie globale, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle Serie, Recueil - Sirey, Paris, 1952, pág. 137.
- (16) V. SUAREZ, Socializaciones en la Alemania de la postguerra, Revista de Administración Pública, n° 3, 1950, pág. 477.
- (17) CHENOT, Droit public economie, Les cours de Droit, Paris, - 1957-58, pág. 12 y sigs.

- (18) CHENOT, Ob. cit., pág. 26.
- (19) V. En torno a esta Institución y su evolución posterior, -  
DRAGO, Crises de la notion d'établissement public, Paris,  
1950.
- (20) RIVERO, Le regime des entreprises nationalisées et l'éve-  
lution du Droit administratif, Archives de Philosophie du  
Droit, Nouvelle Serie, Recueil Sirey, Paris 1952, pág. 156.
- (21) V. el epígrafe dedicado a estos problemas en la obra de -  
BACCHELET, L'attività di coordinamento della Administra-  
zione pubblica dell'Economia, Giuffrè, Milano, 1957, págs.  
80 y sigs.
- (22) V. en torno a ello LANVERSIN, Le Ministère des participa-  
tions de l'Etat en Italie, Revue de Droit Public, julio -  
agosto 1952, pág. 629 y sigs.
- (23) Dado el propósito simplemente indicativo del texto no entra-  
mos en los problemas de vigencia de leyes ni en el estudio  
de funciones y caracteres de las instituciones.
- (24) MANHEIM, Libertad, poder y planificación democrática, Fon-  
do de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 154.
- (25) GARCIA PELAYO, Sobre los supuestos y consecuencias de la so-  
cialización, Revista de Administración Pública, nº 3, 1950,  
pág. 154.
- (26) JORDANA DE POZAS, El problema de los fines de la actividad  
administrativa, Revista de Administración Pública, nº 4, Ma-  
drid, 1951, pág. 16.
- (27) FRANCHINI, Les aspects juridiques de l'intervention de l'Etat

dans l'Administration économique italienne, Revue de Droit Public, Paris, marzo-abril 1957, págs. 232 y 233.

- (28) PUGET, Rapport general sur l'administration en matiere économique au IX<sup>e</sup> Congres International des Sciences Administratives (Estambul, septiembre de 1953) en La Revue Administrative, Paris, septiembre-octubre de 1953, pág. 532.
- (29) GARCIA PELAYO, Sobre los supuestos y consecuencias de la especialización, Revista de Administración Pública, n<sup>o</sup> 3, 1950, págs. 23 y sigs.
- (30) GARCIA PELAYO, Ob. y lec. cit.
- (31) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, vol. V, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1959, pág. 407.
- (32) La denominación del epígrafe ha sido utilizado por VILLAR - PALASI como título del número II de su libro Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 55.
- (33) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1961, pág. 70 en nota. V. las referencias que hace a la polémica en los Estados Unidos.
- (34) FRAGA IRIBARNE, Planificación y orden jurídico-político, Revista de Estudios Políticos, n<sup>o</sup> 80, Madrid, 1955, pág. 14.
- (35) FRAGA, Ob. cit., pág. 22.
- (36) HAYEK, Camino de servidumbre, 2<sup>a</sup> ed., Editorial Revista de - Derecho privado, trad. esp., Madrid, 1950, pág. 72.
- (37) MASPETIOL, Les techniques juridiques de l'économie globale, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle Serie, Recueil Si-



roy, Paris, 1952, pág. 134.

- (38) MANHEIM, Libertad, poder y planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 51.
- (39) Sobre este fenómeno V. las consideraciones que hace MURILLO FERROL, El poder económico, Revista de Administración Pública, n° 3, Madrid, 1950, pág. 255 y sigs.
- (40) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950, pág. 147.
- (41) HAYEK, Ob. cit., pág. 199.
- (42) SANCHEZ AGESTA, Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, n° 3, Madrid, 1950, pág. 35.
- (43) MANHEIM, El hombre y la sociedad en la época de crisis, Editorial Revista de Derecho privado, trad. esp. Madrid, 1936, pág. 208.
- (44) MANHEIM, Libertad, poder y planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 146 y sigs.
- (45) En este sentido V. GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, - 1954, pág. 29.
- (46) MURILLO FERROL, El poder económico, Revista de Administración Pública, n° 3, 1950, págs. 255 y sigs.
- (47) Seguimos ocupándonos del tema con carácter indicativo, por estimar que si bien no es misión nuestra entrar en un análisis profundo del mismo, tampoco es lícito desconocerlo.

- (48) GEFANEL, La socialización en las constituciones de postguerra, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 361.
- (49) GEFANEL, Ob. y loc. cit.
- (50) SANCHEZ AGESTA, Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 29.
- (51) LUCAS VERDU, Constitución-Administración-Planificación, Estudios Jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960, pág. 857. -
- (52) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 103. -
- (53) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, 3ª ed., vol. V, Milano, 1959, pág. 409.
- (54) V. además los artículos arriba citados de la Constitución alemana del País federado de Hesse y de las leyes fundamentales españolas.
- (55) Para ello v. el texto de la ponencia oficial para el I Congreso Iberoamericano de Municipios, (Madrid-Granada, junio de 1955) redactada por GARCIA DE ENTERRIA y publicada bajo el título, La actividad industrial y mercantil de los municipios, en Revista de Administración Pública, nº 17, Madrid, 1955, pág. 87 y sigs.
- (56) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, 3ª ed., vol. V, Milano, 1959, pág. 411.
- (57) BACCHELET, L'attività di coordinamento nell'amministrazione

- pubblica dell'Economia, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 74.
- (58) SPAGNUOLO-VIGORITA, Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata en Il Diritto dell'economia, 1955, pág. 986 y sigs.
- (59) GUAITA, Derecho administrativo especial, I, Zaragoza, 1960, pág. 7.
- (60) GUAITA, Ob. y loc. cit.
- (61) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1961, pág. 288.
- (62) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, 3ª ed., vol I, - Milano, 1959, pág. 88.
- (63) Esta es para nosotros la única explicación posible de la postura de GUAITA.
- (64) BACCHELET, L'attività di coordinamento dell'amministrazione pubblica dell'Economia, Giuffrè, Milano, 1957, pág. 74.
- (65) Problemas interesantes en torno al tema Economía-poder judicial son el de la creación de tribunales especiales para juzgar sobre problemas planteados en ciertos tipos de intervención, por ejemplo, la agricultura, a que hace referencia - MASPETIOL en Les techniques juridiques de l'economie globale, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelles Serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 138. E igualmente la cuestión referente a la competencia del juez civil o del administrativo, problema planteado por RIVERO, Le regime des entreprises - nationalisées et l'evolution du Droit administratif, Archives de Philosophie du Droit, cit., pág. 155.

- (66) BACCHELET, Ob. cit., pág. 74.
- (67) BACCHELET, Ob. cit., pág. 75 y sigs.
- (68) BACCHELET, Ob. cit., pág. 78.
- (69) BACCHELET, Ob. cit., pág. 80.
- (70) MASPETIOL, Les techniques juridiques de l'economie globale, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelles Serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 141 y 142.
- (71) MASPETIOL, Ob. cit., pág. 140.
- (72) MASPETIOL, Ob. cit., pág. 141.
- (73) MASPETIOL, Ob. y loc. cit., cita el caso de un prefecte francés que actuando sobre estas materias confundió contrato y reglamento.
- (74) GARRIDO) Las transformaciones del régimen administrativo, Madrid, 1954, págs. 95 y sigs.
- (75) GARRIDO, Ob. cit., pág. 89.
- (76) SANCHEZ AGESTA, Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 31.
- (77) LUCAS VERDU, Constitución-Administración-Planificación, Estudios Jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luis Legas y Leizaola, II, Santiago de Compostela, 1960, pág. 857.
- (78) MANHEIM, Libertad, poder y planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 143.
- (79) GARCIA TREVIJANO; Aspectos de la administración económica, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, págs. 13 y 14.

- (80) GUAITA, Derecho administrativo especial, I, Zaragoza, 1960, págs. 6 y 7.
- (81) BALLBE, La proyección del Derecho en la Administración económica, Documentación Administrativa, nº 46, Madrid, 1961, págs. 17 y 18.
- (82) V. Infra al tratar de la planificación.
- (83) Recuerdese por vía de ejemplo el caso de las monopolías fiscales.
- (84) CHENOT, Droit public économique, Les cours de Droit, Paris, - 1957-58, pág. 10.
- (85) CHENOT, Ob. y loc. cit.
- (86) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, 3ª ed., vol. V, Milano 1959, pág. 411 y sigs.
- (87) GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, II, 7ª ed., Madrid, 1959, págs. 701 y 702.
- (88) GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág. 143.
- (89) TAMAMES, La lucha contra las monopolías, Editorial Teores, Madrid, 1961.
- (90) TAMAMES, Ob. cit., págs. 59 y sigs.
- (91) TAMAMES, Ob. cit., pág. 263.
- (92) TAMAMES, Ob. cit., pág. 67.
- (93) TAMAMES, Ob. cit., pág. 263.
- (94) GALBRAITH, Capitalismo americano, Ediciones Ariel, Barcelona, 1959, pág. 49.

- (95) TAMAMES, Ob. cit., pág. 60.
- (96) TAMAMES, Ob. cit., págs. 111 y sigs.
- (97) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Madrid, 1958, pág. 103. El subrayado es nuestro.
- (98) FORSTHOFF, Ob. y lec. cit., idem.
- (99) TAMAMES, Ob. cit., págs. 145 y sigs.
- (100) PAUL H. GUENAUULT y J.M. JACKSON en The Control of Monopoly in the United Kingdom, Londres, 1960, pág. 193, cit. per - TAMAMES, ob. cit., pág. 175.
- (101) HAYEK, Camino de servidumbre, trad. esp., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 39.
- (102) En este sentido LEWIS, La planeación económica, Mexico-Buenos Aires, 1957, pág. 109.
- (103) CHENOT, Droit public economie, Les cours de Droit, Paris, - 1957-58, pág. 12.
- (104) V. Infra cap. 3º, al tratar de los medios jurídicos y formas de actividad de la Administración económica.
- (105) HAYEK, Camino de servidumbre, trad. esp., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 198.
- (106) LEWIS, La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 114.
- (107) LEWIS, Ob. cit., pág. 116.
- (108) LESCUYER, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées, Nouveau tirage, Paris, 1962.
- (109) LESCUYER, Ob. y lec. cit.
- (110) GARCIA PELAYO, Sobre los supuestos y consecuencias de la se-

cialización, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 15.

- (111) En este sentido GARCIA PELAYO, Ob. cit., págs. 13 y 14.
- (112) Con nuestra opinión LOPEZ RODO, Las empresas nacionalizadas en Inglaterra, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 379.
- (113) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., trad. esp., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950, pág. 35.
- (114) SANCHEZ AGESTA, Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, nº 3, 1950, pág. - 33. También se refiere a esta imprecisión entre nosotros FRAGA IRIBARNE, en Planificación y orden jurídico-político, Revista de Estudios Políticos, nº 80, Madrid, 1955, - pág. 3.
- (115) Así MANHEIM, Libertad, poder y planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 45.
- (116) LEWIS, La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953, pág. 8.
- (117) FRAGA IRIBARNE, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. - 160. En este mismo sentido LEWIS, Ob. cit., pág. 16.
- (118) LUCAS VERDU, Constitución-Administración-Planificación, Estudios Jurídico-sociales. Homenaje al Profesor Luiz Legaz y Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960, pág. 883.
- (119) VELAR PALASI, Administración y planificación, Ediciones - Cultura Hispánica, Madrid, 1952, pág. 51.

- (120) LUCAS VERDU, Ob. cit., pág. 881.
- (121) MANHEIM, El hombre y la sociedad en la época de crisis, - Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 203.
- (122) SANCHEZ AGESTA, Derecho político, Granada, 1953, pág. 207.
- (123) V. respecto a este BETTELHEIM, Problemas teóricos y prácticos de la planificación, Editorial Teones, Madrid, 1962, págs. 47 y sigs.
- (124) BETTELHEIM, Ob. cit., pág. 142.
- (125) BETTELHEIM, Ob. cit., prólogo a la edición española.
- (126) CHENOT, Droit public économique, Les cours de Droit, Paris, 1957-58, pág. 93.
- (127) Así se desprende de una lectura del tantas veces citado libro de LEWIS, La planificación económica, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953.
- (128) CHENOT, Ob. y lec. cit.
- (129) LEWIS, Ob. cit. pág. 16.
- (130) LEWIS, Ob. cit., pág. 24.
- (131) BALLBE, La proyección del Derecho en la Administración económica, Documentación administrativa, nº 46, octubre de 1961, pág. 17.
- (132) El subrayado es nuestro.
- (133) CHENOT, Droit public économique, Les cours de Droit, Paris, - 1957-58, pág. 93.
- (134) BETTELHEIM, Problemas teóricos y prácticas de la planificación, Editorial Teones, Madrid, 1962, pág. 135.



- (135) BETTELHEIM, Ob. cit., pág. 136.
- (136) En este sentido resulta extraordinariamente útil la Ley de Presupuestos como lo fué en Inglaterra durante la segunda guerra mundial, según subraya entre nosotros GASCON HERNANDEZ en la Administración de la economía dirigida en Inglaterra. Revista de Administración Pública, nº 2, Madrid, 1950, pág. 249.
- (137) BETTELHEIM, Ob. cit., pág. 143.
- (138) Sobre problemas políticos de la planificación v. BARBARA. WOOTTON, Libertà e pianificazioni trad. ital, Einaudi editore, Torino, 1947, págs. 137 y sigs.
- (139) SANCHEZ AGESTA, Derecho políticos Granada, 1953, pág. 195.
- (140) LUCAS VERDU, Constitución-Administración-Planificación, Estudios jurídico-sociales, Homenaje al Profesor Luiz Legaz y Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960.
- (141) LUCAS VERDU, Ob. cit.
- (142) Así por ejemplo la palabra "planeación" que figura en el título del libro de LEWIS, tantas veces citada y que es evidentemente efecto de una traducción incorrecta.
- (143) SANCHEZ AGESTA, Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 31.
- (144) MARTINEZ USEROS, Cuestiones de organización, Estudios en homenaje a Jordana de Pezas, vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, pág. 271.
- (145) MARTINEZ USEROS, Ob. y lec. cit.

- (146) MUÑOZ AMATO, Introducción a la administración pública, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956, pág. 99.
- (147) MUÑOZ AMATO, Ob. cit., pág. 102.
- (148) BETTELHEIM considera la planificación como "un proceso social". No se detiene en la elaboración de planes económicos sino que abarca el conjunto de las actividades que conducen a la realización de esos planes y dichas actividades interesan a toda la sociedad". Problemas teóricos prácticos de la Planificación, Editorial Teómenos S.A., Madrid, - 1962, Prólogo a la edición española.
- (149) En este sentido BETTELHEIM, Ob. cit., pág. 37. Dicho autor considera los planes parciales en los distintos sectores como programas y los estima útiles en el marco de la economía en régimen de propiedad privada de los medios de producción. Ob. cit., pág. 43. Suscribimos la afirmación de BETTELHEIM, no entrando en la consideración del fenómeno por interesarnos sólo el de la planificación total.
- (150) MUÑOZ AMATO, Ob. cit., págs. 104 y 105.
- (151) Para un estudio de la programación administrativa dentro del campo de los estudios no jurídicos de la Administración pública, v. CIMMINO-MOSHER, Ciencia de la Administración, trad. esp., Madrid, 1961, pág. 307, y sigs. Y dentro de la bibliografía española los siguientes trabajos publicados en Documentación Administrativa; ALFARO, La organización administrativa de la planificación económica, nº 16, abril

de 1959, pág. 5 y sigs.; DIEZ, R. La programación administrativa, nº 19, julio de 1959, pág. 5 y sigs.; PETIT, La Programación de los trabajos en una unidad administrativa, nº 22, octubre de 1959, pág. 5 y sigs.; ALFARO, Los órganos de programación en la Administración pública, nº 30, - junio de 1960, pág. 27 y sigs.; LIÑAN, La programación lineal del trabajo administrativo, nº 43, julio de 1961, pág. 25 y sigs.

- (152) MANHEIM, El hombre y la sociedad en la época de crisis, - trad. esp., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 201 y sigs.
- (153) FRAGA, La crisis del Estado, Madrid, 1955, pág. 22.
- (154) BALLBE, La proyección del Derecho en la Administración económica, Documentación Administrativa, nº 46, Madrid, octubre de 1961, pág. 15.
- (155) BALLBE, Ob. cit., pág. 16.
- (156) RIVERO, Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif, Archives de Philosophie du - Droit, Nouvelle Serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 149.
- (157) RIVERO, Ob. y loc. cit.
- (158) RIVERO, Ob. cit., pág. 152.
- (159) GENY, La collaboration des particuliers avec l'Administration, Sirey, Paris, 1930, pág. 35 y sigs.
- (160) GARCIA TREVIJANO, Aspectes de la Administración económica, Revista de Administración Pública nº 12, pág. 19.
- (161) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed. Madrid,

1961, pág. 343.

- (162) VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 74.
- (163) CHENOT, Droit public, Les cours de Droit, Paris, 1957-58, págs. 7 y 8.
- (164) PUGET, Rapport general sur l'Administration en matiere economique au IV Congrès International des Sciences Administratives (Estambul, septiembre de 1953), La Revue Administrative, Paris, septiembre-octubre 1953, pág. 552.
- (165) HAYEK, Camino de servidumbre, Editorial Revista de Derecho Privado, trad. esp., Madrid, 1950, pág. 162. A esta diferencia es a la que en definitiva responde la distinción de FLEINER a la que también hace referencia FORSTHOFF entre Administración soberana y Administración de asuntos puramente económicos. FLEINER, Instituciones de Derecho administrativo, - trad. esp., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1935, pág. 100; FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., - Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 662.
- (166) PUGET, Ob. cit., pág. 533.
- (167) FORSTHOFF, Ob. cit., pág. 118.
- (168) PUGET, Ob. cit., pág. 535 y sigs.
- (169) GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, - Revista de Administración Pública, nº 12, pág. 19.
- (170) RIVERO, Le regime des entreprises nationalisees et l'evolution du Droit administratif, Archives de Philosophie du Droit,

Nouvelle serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 151.

- (171) RIVERO, Ob. cit., pág. 153 y sigs.
- (172) VILLAR PALASI, La actividad industrial de la Administración en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 61, Más adelante volveremos sobre la teoría de VILLAR.
- (173) ZANOBINI, Corso di Diritte amministrative, vol. 5º, 3ª ed., Milano, 1959, pág. 407.
- (174) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, 2ª ed., Tübingen, 1953, pág. 10 y sigs.
- (175) HUBER, Ob. cit., págs. 12 y sigs.
- (176) V. la bibliografía que sobre el Derecho de la Economía de - ZANOBINI, Ob. y lec. cit.; y VILLAR PALASI, Ob. cit., pág. 61.
- (177) CATALDI, Le legislazioni speciali, Bologna, 1956, págs. 71 y 75.
- (178) CATALDI, Ob. cit., pág. 72.
- (179) CATALDI, Ob. cit., pág. 77.
- (180) Con lo expuesto rechazamos la tesis de HUBER, para quien estamos en presencia de un Derecho administrativo especial, - aunque este ha de manejar también normas privadas y constitucionales. Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, 2ª ed., Tübingen, 1953, pág. 18.
- (181) ZANOBINI, Corso di Diritte amministrative, vol. 5º, 3ª ed., Milano 1959, pág. 405.
- (182) GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, - Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág. 15.

- (183) Coincide en parte nuestra definición con la formulada por  
HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, 2ª ed., 1953, pág.  
18.-

### CAPITULO III

#### FORMAS DE ACTIVIDAD Y MEDIOS JURIDICOS DE LA ADMINISTRACION ECONOMICA

##### 1. La legislación especial sobre Administración económica.

Habiendo estudiado en el capítulo anterior el contenido de la intervención del Estado en la economía y el concepto de Administración económica, prosede entrar ahora en el examen de las formas de actividad y los medios jurídicos de esta, con lo que examinaremos la utilidad que puede proporcionar su estudio al Derecho administrativo que, a nuestro juicio, resulta de gran interés.

##### A) Función que cumple su estudio.

La Administración económica esta constituida por una legislación especial dentro del marco del Derecho administrativo (1). Ahora bien, el estudio de la llamada Parte Especial de esta disciplina integrada por el conjunto de las legislaciones especiales, puede afrontarse de dos maneras distintas. Una de ellas consiste en el examen detallado de las diferentes materias sobre las que versa. Otra en deducir de estas legislaciones especiales los puntos de vista que pueden ser útiles para una elaboración más exacta y omnicomprehensiva de la Parte General.

Refiriéndose a este problema ha dicho GARRIDO (2): "La Parte Especial del Derecho administrativo es subsumible en el estudio de

su Parte General; ... no obstante admitimos la utilidad de su estudio con carácter complementario y para poner de relieve las peculiaridades que los conceptos de la Parte General adquieren a veces en las distintas legislaciones especiales". Como puede verse nuestra postura coincide en conjunto con la expresada, aunque nosotros partimos más bien del punto de vista de que el estudio de la Parte Especial puede resultarnos útil para perfeccionar - los conceptos de la Parte General, mas que para resaltar las peculiaridades de los mismos.

Concretamente, por lo que se refiere a la Administración económica, dichas puntualizaciones afectan a la clasificación de las formas de actividad de la Administración y a las diferencias que las separan de la actividad administrativa de Derecho privado. Y esto sucede sobre todo a causa del contenido económico de la actividad administrativa, especialmente en los casos del fomento y el servicio público. La consideración conjunta de la Administración económica puede aportar puntos de vista útiles en cuanto a la construcción de dichos conceptos, sobre todo teniendo en cuenta que ha sido la evolución de la economía y de la intervención del Estado en la misma lo que ha hecho necesario el replanteamiento de ellos, a veces, como en el caso del servicio público, amenazados constantemente de crisis.

A estos efectos la doctrina suele aludir con frecuencia al crecimiento de la Administración y al constante aumento de las funciones que se le atribuyen. Normalmente se alude también en es



tes casos al fondo económico del fenómeno, pero en cambio no es frecuente que se aborde directamente el estudio del mismo y su repercusión en los conceptos claves del Derecho administrativo. En todo caso esta contemplación se hace de una forma vaga e imprecisa.

Esto obedece indudablemente a la extraordinaria dificultad que dicho estudio ofrecería si se abordara de una forma total y exhaustiva. Nosotres tampoco intentamos llevarlo a cabo ahora con las características mencionadas. Pretendemos por el contrario señalar los que, pueden considerarse como puntos clave en orden a la intervención administrativa en la economía, especialmente en lo referente a las formas de actividad, puesto que es el examen amplio de las mismas el que nos orienta de una forma decisiva en el estudio de las legislaciones especiales.

## 2. Las técnicas jurídicas de la intervención del Estado en la economía.

Examinaremos primero someramente la intervención legislativa para centrarnos inmediatamente en el estudio de la Administración.

### A) La intervención legislativa. Exclusión de su estudio.

A pesar de que anteriormente nos hemos referido a la intervención legislativa al estudiar las diferentes formas de intervención del Estado en la economía (3) no parece que sea en esta ocasión - donde se deba examinar detalladamente el problema.

Esto resulta obvio porque habiendo estudiado ya la interven -

ción del Estado en la economía a través de los poderes del mismo, nos cumple ahora circunscribirnos a las formas de intervención de la Administración pública. Parece obvio que, no obstante la necesidad de mantener la intervención legislativa junto a la administrativa al examinar el fenómeno en general, sería una desviación del punto central del presente estudio considerarla ahora detalladamente (4).

#### B) La intervención administrativa.

Refiriéndonos ya a la intervención administrativa nos interesa en primer lugar transcribir las palabras de LAUBADERE, que nos dejan ver la importancia que tienen las causas derivadas de los fenómenos económicos en la intervención administrativa. Según el autor citado "en la época moderna las intervenciones de la Administración son múltiples; presentan grados y objetos innumerables; se refieren a sectores muy variados, notablemente con el desenvolvimiento de la economía dirigida en el dominio de la vida económica" (5).

Ahora bien, frente a esta multiplicidad a que se refiere LAUBADERE se impone necesariamente una clasificación de las formas a través de las cuales se desarrolla esta actividad. Y en la actualidad parece obvio que esta clasificación no debe obedecer a un criterio material que examine los distintos sectores de la vida nacional en que la Administración interviene (6). Estimamos por el contrario que la más importante de las clasificaciones sobre este punto es la que se basa en los criterios del modo de intervención que

la actividad administrativa supone (7).

Si tenemos en cuenta el sustrato económico que late siempre en la intervención de la Administración y el hecho de que la suerte que ha de correr la llamada Parte Especial del Derecho administrativo depende en gran medida de la clasificación adoptada (8), advertiremos hasta que punto es importante esta clasificación para la Administración económica; aunque esta importancia ofrece la contrapartida de que es precisamente la Administración económica la que ha influido en la aparición y las características de los términos de la clasificación.

Comunmente se acepta por la doctrina española la clasificación según las formas de actividad distinguiendo la policía del fomento y del servicio público. Esta clasificación que responde a la situación del Derecho administrativo en el último tercio del siglo XIX y los primeros años del XX, se basa fundamentalmente en el criterio del fin perseguido mediante el ejercicio de la actividad. La Administración limitaba las actividades de los particulares por razones de orden público (policía), trataba de ayudar o encauzar las iniciativas de los particulares en determinados sectores (fomento), o llevaba a cabo las prestaciones de servicios de las que no se podían o no se debían encargar los particulares (servicio público).

Actualmente resulta claro que el condicionamiento económico y social por el que está afectado el mundo de nuestros días no pue

de ser enfocado desde los puntos de vista del liberalismo a la -  
vieja usanza. La consecuencia de lo dicho es que la clasificación  
anterior ha sido desbordada por todas partes. Un estudio minucio-  
so de la actividad de la Administración ha hecho que se demuestre  
que no puede tomarse nunca como un dogma absoluto, y por otra par-  
te nuevos hechos, los más de ellos de contenido económico, han -  
traído como consecuencia que la clasificación no pueda darse como  
válida, al menos desde la estrecha perspectiva en que había sido  
plantada.

Las críticas a la misma se dirigen a dos puntos. En primer -  
lugar a sus mismos términos, ya que entre nosotros VILLAR PALASI,  
propone la adopción de la "gestión económica" como cuarto término  
de la clasificación (9). En segundo lugar al criterio empleado que  
hoy día se estima inoperante (10). Vamos a examinar en primer lu-  
gar esta clasificación para estudiar después la influencia del su-  
trato económico en cada uno de los términos de la misma.

a) La tricotomía, policía, fomento y servicio público.

Tiene su origen en el ya célebre planteamiento efectuado por  
JORDANA DE POZAS, al estudiar el concepto de fomento, y desde en-  
tonces es reconocida como válida por la doctrina española. El plan-  
teamiento a que nos referimos tuvo lugar con las palabras del au-  
tor citado, según el cual "para lograr la satisfacción de las nece-  
sidades generales (frase equivalente a la de buen orden de la cosa  
pública) se utilizan una gran variedad de medios que pueden clasi -

ficarse en cuatro grupos e modos: legislación, policía, fomento y servicio público" (11). Excluida la legislación por no tratarse "per se" de una actividad administrativa, quedaban las otras tres formas e modos con las características señaladas en el apartado anterior. Ciertamente es que la triacetemia ha sido atacada por VILLAR PALASI (12) pero de todas formas ha actuado como determinante para toda la doctrina española, especialmente la que sale a la luz a partir de la aparición de la Revista de Administración Pública.

Sabido es de todas maneras que esta clasificación no tiene un valor intemporal, sino que se trata por el contrario de la ordenación mental a posteriori de un fenómeno de aluvión (13). En efecto, de un primer momento en que a la totalidad de la actividad no militar ni financiera de la Administración se le designa con el nombre de policía (la época del Estado-policía) se pasa a otro en el que, al menos en España, la totalidad o la parte más importante de la actividad de la Administración se conoce con el nombre de fomento, siendo este el valor que tenía dicho término cuando lo empleó JAVIER DE BURGOS (14); para pasar después a otro momento en el que es el concepto de servicio público el que predomina, hecho este último no completamente ajeno a la influencia francesa en el ordenamiento positivo y la doctrina jurídico-administrativa españolas.

Pero adviértase que, según esto, lo sucedido es que la actual y triple clasificación no es más que el resultado de una evolución

a través de la cual se ha ido incluyendo la totalidad o casi totalidad de la actividad administrativa bajo una sola denominación o concepto. Sólo posteriormente se ha ido advirtiendo que junto al término o términos conocidos aparecía otro que pronto desbordaría al anterior. El resultado de esto ha sido evidente. Por uno u otro motivo concreto los tres términos de la clasificación carecen de una delimitación conceptual bien definida. Difícilmente se ha podido dejar reducido a uno solo entre otros varios cada uno de los conceptos que en su día fueron elave por encubrir bajo su significado toda la actividad de la Administración pública.

Se habrá advertido que cuanto venimos diciendo se aplica principalmente a la situación en España. Una rápida ojeada a la doctrina extranjera sin salir de la bibliografía más común, nos demostrará que, al menos en Francia y en Italia, esta clasificación no es tan universalmente aceptada como en España. Así, en Italia, ZANOBI NI (15) distingue actividad de conservación y actividad de bienestar y progreso. Si tratamos de identificar esta clasificación con la propuesta por JORDANA en la doctrina española fácilmente advertiremos que falta en ella el segundo término, esto es, el fomento. Por su parte ALESSI en ningún momento hace referencia a este concepto a la hora de construir su sistema.

En cuanto a la doctrina francesa tampoco puede decirse que se acepte en ella la clasificación mencionada. En todo caso LAUBADERE hace referencia a una actividad de ayuda de la Administración a los particulares (16) pero le otorga tan poca importancia que ni

siquiera incluye su estudio en el plan del Tratado. Y VEDEL, tras considerar que la ayuda que la empresa privada pueda recibir del Estado desliza esa actividad hacia el servicio público (17), estudia muy de pasada dicha ayuda, otorgándole muy poca atención (18), y sin tratar de colocarla nunca en un mismo plano con las actividades de policía y servicio público.

Vemos por tanto que, junto a la imprecisión que lleva consigo la clasificación, cada uno de cuyos términos le significó todo en un momento determinado, encontramos ahora el hecho de la falta de generalidad de dicha clasificación.

A esto podemos añadir todavía un tercer hecho. En la actualidad el criterio del fin no puede servir por sí solo de base a la clasificación. Aunque volveremos después sobre este punto concreto, queremos ya desde ahora manifestar nuestra opinión, según la cual la clasificación aludida, montándola exclusivamente sobre el criterio del fin, resulta completamente insuficiente.

Cada uno de los tres conceptos ha ido recubriendo día a día nuevas realidades que no respondían a la finalidad primitiva. Vamos a examinar a continuación el hecho que demuestra que es la legislación especial sobre Administración económica la que influye en la evolución de los tres conceptos de manera tal que parece sobrepasarlos y es necesario hacer un esfuerzo de readaptación para poder seguir manteniendo la vigencia del esquema.

#### b) El concepto de policía.

Empecemos nuestro estudio por el primero de los tres términos

de la clasificación, esto es, por el concepto de policía administrativa, al que corresponde el primer lugar no sólo mental sino también cronológicamente. Como acabamos de decir, a cada uno de los tres conceptos, correspondió en su momento la designación de la totalidad o casi totalidad de la actividad administrativa. Pero si para los restantes términos no es posible enunciar este en un sentido absoluto, respecto a la policía, gracias a su prioridad cronológica, podemos afirmarlo de pleno derecho (19).

Pero aunque el Estado de Derecho recibe el concepto de la época anterior que actualmente lleva esa denominación (Estado-policía), en realidad, no adquiere verdadera relevancia más que con el sometimiento de la Administración a la ley. El período que vá desde - los comienzos del Estado liberal hasta mediados del siglo XIX aproximadamente, puede considerarse como la edad de oro de la policía administrativa. En esta época sólo se concibe que el Estado intervenga, siempre en momentos excepcionales, cuando lo hace para defender el orden de la comunidad, único motive suficiente para que fuesen perturbados los sagrados derechos de los individuos. El Estado de esta época es el Estado-gendarme y sólo como gendarme debe actuar, pero se estima que esta única actuación, con ciertos límites, debe ser tolerada por todos.

No es necesario advertir que las condiciones que hacen posible esta mentalidad en los órdenes jurídico y económico se encuentran completamente transformadas en la actualidad. Este ha influido no sólo en cuanto que, junto a la policía, el Estado desarrolla



hay otras actividades, sino en cuanto que sería absurdo que la actividad de policía administrativa se llevara hoy a cabo del mismo modo que durante el primer período del Estado liberal (20).

A este hecho se une el de que junto a la policía, fueron apareciendo otros modos de acción administrativa que intentaron sustituirla por completo o que en todo caso plantearen problemas de delimitación respecto a ella. Problemas que se agravaron porque a su vez dichos conceptos fueron evolucionando también. No ofreció demasiadas dificultades la distinción del fomento, efectuada ya desde los tiempos de PÜTTER en la cameralística alemana (21), pero otra cosa sucedió respecto al concepto de servicio público, que chocó con la existencia de la policía cuando se quiso elevar al primero a un grado de importancia tal que habría de incluir toda la actividad administrativa, sobre todo dentro del marco del Derecho administrativo francés. Y cuando esta distinción se opera no se recurre al criterio del fin, sino al del procedimiento empleado. El de la policía será la prescripción, el del servicio público la prestación (22).

Sin perjuicio de entrar posteriormente en estos problemas de delimitación vamos a referirnos al concepto clásico de policía administrativa y a examinar sus problemas centrales para ver después como, en la evolución y deformación del concepto, han operado como causas las medidas de intervención en la economía. Antes sin embargo debemos dejar constancia de un hecho, obvio por otra parte. Al estarnos refiriendo a la policía, no hablamos de policía de seguridad

dad que vigila el orden de la calle (por más que esta también - ofrezca aspectos interesantes), sino a la policía administrativa. No obstante hay que reconocer que tampoco es demasiado fácil diferenciarlas con criterios totalmente válidos. Así por ejemplo - ALESSI las distingue porque según él la policía de seguridad tiene la finalidad específica de la tutela del orden público, mientras que la segunda custodia intereses de otra naturaleza, referentes a otras ramas de la Administración (23). Ahora bien, precisamente uno de los puntos más interesantes y debatidos de la - cuestión está en dilucidar que sea o como haya de entenderse el - concepto de orden público, pues hoy día no pueden mantenerse ajenos a él los intereses de las otras ramas de la Administración - (salvo el caso de que manejemos el término refiriéndonos sólo al orden callejero, criterio que no puede compartirse en modo alguno). Vease pues, como la puntualización de ALESSI nos lleva también al estudio del concepto clásico, de su finalidad el orden público, y de la influencia de las medidas de intervención económica sobre - ambos, punto que para nosotros resulta ahora especialmente interesante.

#### a') El planteamiento clásico.

El planteamiento clásico del concepto de policía va a venir condicionado por dos hechos. De una parte por la delimitación respecta a la situación anterior. De otra por haber surgido posteriormente otras formas de actividad, especialmente el servicio público.

En cuanto a lo primero podemos afirmar que la delimitación -

primitiva influyó decisivamente en el futuro del concepto de policía administrativa (24). Pero al lado de esto ha influido también en la configuración del concepto el desenvolvimiento posterior de las restantes formas de actividad. Puede decirse que respecto al concepto de policía en general se pararon las agujas del reloj en un momento determinado, el de su máximo esplendor durante el siglo XIX, y a partir de entonces la elaboración del mismo no sufrió grandes alteraciones. Buena prueba de ello es la concordancia de la mayor parte de las siguientes

a'') Posturas doctrinales.

Todas ellas presentan un fondo común. Nadie discute el carácter de actividad administrativa de la policía. Pero si no surgen discrepancias respecto a este, las hay respecto a otras cuestiones.

En primer lugar se plantea la cuestión del aspecto subjetivo. ROYO VILLANOVA que objetivamente define la policía como "actividad que desarrolla la Administración", da junto a esta una segunda definición subjetiva según la cual es policía "la facultad soberana de la Administración ..." (25). Y por otra parte GARRIDO define la policía como "aquella actividad que despliega la Administración en el ejercicio de sus propias potestades ..." (26) y poco después afirma que "policía administrativa en sentido técnico implica un poder jurídico ..." (27), cuestión a la que no es frecuente que haga referencia la doctrina en la definición del concepto. Sin em

bargo esto no debe extrañarnos puesto que no es más que la expresión de la postura de los autores citados respecto al problema del fundamento de las limitaciones a la actividad de los particulares, al que nos referiremos después.

Otro punto en el que existen discrepancias es el referente al objeto de la actividad. Respecto a él dice RANELLETTI que la policía es aquella manifestación de la actividad pública en el campo de la Administración interna que se explica limitando o regulando la actividad de los particulares (28). Se considera pues la policía como una actividad de limitación. Con esta postura coincide expresamente GARRIDO según el cual es policía "aquella actividad... que ... limita los derechos de los administrados ..." (29). En cambio para SANTI ROMANO (30) y para VEDEL (31) no se puede mantener esta posición ya que para el primero la limitación es el medio y no el objeto, y para el segundo, a la inversa, el objeto no es la limitación sino la regulación.

En cuanto al medio coincide la doctrina (con la excepción de VEDEL que confunde objeto y medio) en que se trata de la coacción (32). Y lo mismo sucede con el fin, respecto al cual hay absoluta unanimidad en que se trata del mantenimiento del orden público, si bien no siempre se enuncia de una forma precisa. Así ROYO (33) se refiere al mantenimiento del orden jurídico, RANELLETTI (34) a garantizar el todo social y sus partes contra los daños que puedan provenir de la actividad humana, SANTI ROMANO (35) a prevenir los daños sociales que de esta puedan derivarse, y GARCIA OVIEDO-MAR-

TINEZ USEROS (36) a defensa del interés general frente a los ataques de la humana actividad. Más precisos son VEDEL (37) y GARRIDO (38) que se refieren expresamente al mantenimiento del orden público.

En conjunto todos los autores coinciden en que se trata de una actividad administrativa que limita derechos de los particulares empleando medios coercitivos para mantener el orden público (39). Y por lo que se refiere concretamente a España ha afirmado JORDANA DE POZAS (40) que el concepto de policía como medio de mantener el orden público, ampliamente entendido, mediante la limitación de las actividades privadas y de restablecerlo por la fuerza una vez perturbado, conviene ampliamente al Derecho administrativo español.

#### B'') Problemas que se plantean.

Aun sin considerar el fundamental problema que constituye la inadecuación del criterio del fin, se plantean en torno al concepto clásico de policía una serie de cuestiones.

La primera, y ahora para nosotros la menos importante, es la que supone la limitación de las actividades de los particulares que la policía entraña. Durante el siglo XIX fue este el más importante de los problemas que la policía planteaba. Siendo excepcional la limitación de las actividades de los particulares que necesariamente suponía la actividad de policía, se estudió con gran interés este aspecto de la cuestión. A esto se deben los estudios

sobre el fundamento y los límites que implicaba la actividad de policía (41). A esta preocupación responden la definición subjetiva de ROYO VILLANOVA y la alusión de GARRIDO al poder jurídico que la policía comporta. Hoy en cambio se acepta como hecho indiscutible que la actividad de policía, parte de la actividad de una Administración sometida a la ley, está sujeta al principio de legalidad (42) y se ha llegado a la conclusión de que no existe ningún poder específico de policía sino que el marco dentro del cual actúa la coacción administrativa (medio de la policía) es el de la relación general de poder (43).

Pero junto a este, es preciso resaltar otros dos problemas de más interés para nuestro estudio. El primero de ellos es el de la distinción entre policía general y policías especiales. En un primer momento se conoce como policía, (en el sentido que se le da al término después del advenimiento del Estado de Derecho) la actividad dirigida a mantener el orden público entendido en un sentido estricto. Pero pronto junto a esta policía general que caracteriza MOREAU como la que está encaminada a realizar los tres objetos enunciados en el artículo 50 de la ley francesa de 5 de abril de 1884 - (buen orden, seguridad, salubridad pública) (44), aparecen una serie de policías especiales que también van a limitar la actividad de los particulares en un sentido distinto del de la policía general. Según VEDEL existen dos clases de policías especiales: las que están sometidas a un régimen jurídico particular, y las que persiguen objetos especiales distintos de los de la policía general (45).

Con esto han sucedido dos hechos de gran importancia. Por una parte se ha fraccionado el concepto unitario de policía. Pero es que además, por otra, este fraccionamiento ha sido debido a fenómenos económicos.

En efecto. El ejemplo clásico de policía especial lo constituyen los establecimientos incómodos, insalubres y peligrosos, reglamentados en Francia desde hace mucho tiempo (46) y a los que - hacen referencia en España GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS (47) y - en Italia ZANOBINI (48). Según este último las limitaciones en interés de la seguridad, la sanidad y la higiene, no obstante su fin diverso, inciden sobre la actividad económica restringiéndola según las exigencias del interés público. Y así por el portillo - abierto de las policías especiales el concepto genérico de policía administrativa va a fragmentarse a causa de la intervención de la Administración en la economía. El hecho ha sido constatado en la doctrina española por GARRIDO según el cual las policías especiales surgen con el intervencionismo administrativo en aquellas materias que, con la evolución del Estado moderno, pasan a conectarse con la idea del orden público. Se trata de medidas limitativas en relación con establecimientos incómodos e peligrosos, construcciones urbanas, circulación, condiciones sanitarias, e precios de artículos intervenidos (49). Y ante esta situación MONCADA se lamenta de que se estudien todas estas policías y la general conjuntamente, ya que esto conduce a un tratamiento impropio de las policías especiales, verdadero cauce del intervencionismo estatal - (50).

Por último existe otro problema más interesante ahora para nosotros que los anteriores y que resulta necesario tratar en un epígrafe aparte.

b') La ampliación del concepto de orden público por causas económicas.

Constituye para nosotros el punctum saliens de la repercusión de la intervención económica en el concepto de policía administrativa.

Como ya se ha dicho más arriba y reitera expresamente GARRIDO (51) la finalidad peculiar de la policía es el orden público. Y siendo este así y teniendo en cuenta que la clasificación de las formas de gestión se ha hecho tradicionalmente según el criterio de la finalidad, nada tiene de extraño que la determinación del concepto de orden público constituya la clave de la comprensión de las más recientes transformaciones de la policía administrativa (52).

Ahora bien, el concepto de orden público tal y como se entendía en los dos primeros tercios del siglo XIX, comprendía los tres objetos enumerados en las viejas legislaciones francesa y alemana, este es, el buen orden, la tranquilidad y la salubridad pública (53). Pero este orden público sólo se refería al orden de la calle, la reglamentación de los establecimientos incómodos, insalubres o peligrosos, algunas medidas sanitarias al nivel de la ciencia de la época, y muy poca cosa más.



Posteriormente, con la evolución del Estado moderno y las causas económicas que influyen en ella, se van a ver afectadas por el concepto de orden público una serie de materias de gran importancia. Ya antes del siglo XIX el concepto de policía se estaba ampliando, o dicho de otra forma, nuevos aspectos del interés público venían a justificar el empleo de las típicas medidas de coacción en que la policía consiste (54). Esto no era mas que el comienzo de una evolución que fue acelerándose progresivamente y poco tiempo después ciertos sectores privados se convierten en dependencias del orden público ... Toda una serie de medidas van a desvirtuar el antiguo carácter eminentemente privado de ciertas relaciones posibles entre particulares: relaciones laborales, alquiler de viviendas, mercado de ciertos productos de primera necesidad, etc. (55). Estamos ante un nuevo concepto: el orden público económico que justifica por razón de fin toda la materia administrativa de intervención económica (56).

Según GARRIDO (57) por una serie de razones ... esas relaciones aparentemente privadas, objeto de la intervención, han dejado hasta tal punto de serlo que la forma de su cumplimiento se considera cuestión de orden público. En realidad existe una sola razón y esta es clara: el Estado ha asumido una nueva postura respecto a la economía y esto tiene que reflejarse necesariamente en el Derecho administrativo. De todas formas en nuestros días lo que caracteriza la nueva situación es que la Administración esta legitimada para limitar coactivamente las actividades de los particulares y no sólo por razón de orden público tal como era entendido -

hace un siglo (58). El concepto de orden público se ha ampliado notablemente y en su actuación han intervenido como causas de primera magnitud hechos económicos. Y esta ampliación desmesurada del concepto ha hecho que, fraccionada la vieja idea unitaria de la policía administrativa y desbordada la noción de orden público, no podamos atenernos en la actualidad a las antiguas categorías (59).

c') Las técnicas jurídicas de la policía.

A más de este crecimiento desmesurado del concepto de orden público que, por ejemplo en materia de propiedad, ha terminado por desbordar incluso el mismo concepto de policía (60), sucede con este al igual que con los otros términos de la clasificación (61) que el criterio del fin está resultando insuficiente, ya que se están empleando los medios de la policía para conseguir finalidades que nada tienen que ver con ella (62). Esto no significa que pensemos que el criterio del fin haya quedado totalmente inútil - puesto que la policía siempre tendrá por fin conservar el orden público, al menos en el sentido restringido del mismo. En cuanto a esto coincidimos con VILLAR PALASI respecto a su idea de que la finalidad actua o puede actuar para delimitar el contenido posible del poder de policía pero no para definirlo una vez concretado su alcance (63).

De todas formas al no poderse utilizar como base el criterio del fin es necesario buscar otro. La doctrina ha señalado como criterio el de la técnica jurídica empleada (64) que estimamos correg

te (65). Debemos por tanto averiguar ahora cuales sean las técnicas jurídicas de la policía administrativa (66).

Desde este punto de vista es evidente que la actividad de policía es una actividad coactiva (67). Ahora bien, la coacción - que no es sino la acción de oficio o ejecución forzosa en materia de policía administrativa (68), plantea varios problemas que examinaremos en seguida. El primero de ellos es la delimitación respecto a la sanción. Opinamos con GARRIDO que la diferencia está en que la coacción se encamina al cumplimiento de lo ordenado contra la voluntad del obligado a ello, mientras que la sanción es un medio represivo que se pone en marcha precisamente porque no se ha cumplido la obligación (69). Por tanto no es la sanción sino la coacción, la técnica específica de la policía. A nuestro entender esto tiene una explicación histórica muy clara. Siendo la policía la actividad administrativa típica de la época liberal, en la cual la actuación de la Administración estaba directamente entroncada con la soberanía es lógico que sea la coacción (manifestación de la acción de oficio) la técnica jurídica típica de la policía, ya que en ella se muestra de una forma directa y primaria el poder soberano del Estado.

Otra cuestión interesante sería la distinción entre las diversas clases de coacción. En este punto distinguimos con FORTHOFF junto a la coacción general o mediata, sometida como toda la Administración moderna al principio de legalidad, una coacción inmediata que sería la que significa la intervención para reprimi -

mir acciones contrarias a la Administración que hacen necesaria una reacción inmediata de esta pero no propiamente la ejecución de la orden administrativa que no hay tiempo de dar o que las circunstancias hacen imposible (70).

Enfocando la cuestión desde otro punto de vista esta coacción se lleva a cabo a través de una serie de medidas. GARRIDO considera como tales (71) las autorizaciones, órdenes y prohibiciones. Nosotros aceptamos esta enumeración pero nos parece necesario hacer dos puntualizaciones. En primer lugar sería preciso distinguir las medidas generales (autorización y prohibición) de las concretas (orden), al menos en el caso de que las primeras estén previstas en disposiciones de carácter general. En este punto nos parece muy sugestiva la distinción de VEDEL (72) entre la reglamentación y las medidas individuales, que sin embargo no aceptamos por el carácter excesivamente genérico y en todo caso impreciso del concepto de reglamentación. En segundo lugar queremos hacer constar que no pensamos que estas actas sean actos privativos de la policía aunque sí que son los más frecuentemente usados en el ejercicio de esta actividad administrativa. La situación actual de evolución en cuanto a las formas de actividad y el criterio para su clasificación, haría que cualquier intento de delimitación con pretensiones de ser interperalmente válido, se viera rápidamente desbordado (73).

d') Las medidas de policía en el orden económico y su repercusión en el Derecho privado.

Hechas las consideraciones anteriores vamos a examinar brevemente las medidas de policía en el orden económico en Derecho positivo español y alguna de las posibles repercusiones en el Derecho privado. Con ello habremos ofrecido una palpable prueba, - por una parte de la importancia de la actividad de policía en el orden económico, y por otra de que esta supone una verdadera intervención en la esfera jurídica de los particulares hasta extremos que no podían sospecharse hace un siglo.

a'') Las medidas de policía en el orden económico en Derecho positivo español (74).

Dejando a un lado las que se refieren a lo económico de forma indirecta, vamos a mencionar únicamente las que afectan a la agricultura, abastos, industria y transportes.

En materia de agricultura se encuentran sometidos en España a autorización el cultivo del algodón, el arroz, la remolacha, la vid, y el tabaco (75). Por otra parte se requiere también autorización administrativa para la reserva de productos alimenticios, el comercio de semillas de siembra y el aprovechamiento de pastos y rastrojeras (76). Se encuentran sometidos a aprobación los contratos de los cultivadores de caña con las fábricas de azúcar (77) y en cuanto a abastos se exige todavía la guía de circulación en España para el aceite, los agrios, la chatarra de plomo, el pimentón, y la turba según la Orden de 28 de septiembre de 1959.

En materia de industria se requiere autorización para la ele

vación de industrias de nueva planta según el Decreto de 8 de septiembre de 1939, y para el traslado, cambio de titularidad y de razón social según la misma disposición, estableciéndose la inspección de industrias por Orden de 12 de septiembre de 1939. En materia de transportes y carreteras se necesita autorización para transporte irregular según la Ley de 7 de abril de 1952 y autorizaciones de peajes según la Ley de 27 de febrero de 1953.

Este pequeño resumen puede orientarnos en orden a la importancia que han alcanzado en la legislación española las medidas de policía en el orden económico.

b'') Un ejemplo interesante acerca de las repercusiones en el Derecho privado.

Nos hemos referido más arriba, al tratar de los problemas que planteaba el concepto de policía, a la cuestión de la fundamentación de la actividad limitativa de los derechos de los particulares. Afirmábamos entonces que este problema no tenía demasiado interés para nosotros, lo que obedecía a que intentábamos hacer hincapié sobre la importancia de los hechos económicos en la evolución del concepto.

Pero es necesario que tengamos en cuenta que estas limitaciones, a causa de la intervención en la economía, han cambiado de importancia y de sentido. No pueden compararse aquellas limitaciones que tenían por fin el mantenimiento del orden público en el sentido clásico, con las actuales que se producen al intervenir el Es-

tado en la economía.

Un ejemplo, entre los muchos que podrían citarse, nos ilustrará suficientemente al respecto. Entre las medidas de policía en el orden económico en Derecho positivo español nos hemos referido a la necesidad de autorización administrativa de los contratos celebrados por los cultivadores de remolacha con las fábricas de azúcar, que establece la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1953. Supongamos que una vez otorgada la autorización y celebrados uno o varios contratos, como consecuencia del recurso entablado por un tercero, se anula dicha autorización por la misma Administración o por la jurisdicción contencioso-administrativa. ¿Son o no son válidos dichos contratos?

Para centrar este problema es necesario que recordemos los diferentes modos según los cuales puede intervenir la Administración en los derechos de los particulares. Dejando aparte los actos de los particulares presupuesto de la actividad administrativa de que habla ZANOBINI (78) es necesario referirse a los actos administrativos conformadores de Derecho privado estudiados por la doctrina alemana (79). Según HUBER este acto administrativo conformador de Derecho privado adquiere una gran importancia en el Derecho administrativo de la economía junto al acto administrativo con validez jurídica-pública, pudiendo calificarse como el criterio existencial del sistema de intervencionismo económico (80). El mismo HUBER define estos actos como actos administrativos basados sobre fundamentos legales, que crean, transfor-

man o anulan con fuerza inmediatamente obligatoria situaciones, circunstancias o relaciones jurídico-privadas de la vida económica, especialmente de los bienes, contratos y sociedades (81); y FORSTHOFF añade que estos actos están limitados por el principio de igualdad ante la ley (82).

Ahora bien, dentro de estos actos es necesario distinguir aquellos en los cuales es la Administración directamente la que hace aparecer la relación (actos constitutivos de relaciones jurídico-privadas) (83) de aquellos otros en los que simplemente habilita a los particulares para que la creen. Respecto al primer caso el principio general, según GARRIDO (84), es la incompetencia de la Administración, puesto que esta sustituye la autonomía privada por normas de Derecho impositivo, creándose dos relaciones, entre Administración y particular, y entre ambos particulares (85), la primera de las cuales tiene carácter jurídico-administrativo (86). Nuestro problema presente encaja en el segundo supuesto menos contemplado por la doctrina (87).

Nos encontramos aquí con una zona de fricción entre dos Derechos el civil y el administrativo, que responden a mentalidades diferentes. Desde el punto de vista jurídico-administrativo hay que pensar que la autorización condiciona la eficacia y la validez del acto aprobado pero no puede afirmarse sin más que este sea cierto respecto a un contrato puramente civil o mercantil.

A nuestro entender, para resolver esta cuestión es preciso - que nos hagamos tres preguntas:



1ª ¿Qué sucedería si los contratos se hubiesen celebrado - sin autorización? A esto habría que responder con HUBER (88) - que el acto sería nulo totalmente por faltar la autorización como elemento esencial.

2ª ¿Cómo afectan los vicios de la autorización a los contratos celebrados posteriormente? En nuestra opinión sería preciso estimar en este caso que los contratos no pueden verse afectados en su eficacia, pues estamos en presencia de una relación jurídica (entre particulares) distinta de la existente entre la Administración y el particular que obtuvo la autorización. La validez ante el ordenamiento jurídico puede serles discutida, pero muy difícilmente la eficacia ya que esto supondría sancionar indebidamente al tercero (particular). No cabe tampoco en este caso distinguir entre contratante de buena fe (el tercero) y de mala (el autorizado), porque este último también habrá actuado normalmente de buena fe (89).

3ª En caso de anulación, ¿cómo afecta esta a los contratos? Consecuentes con lo dicho anteriormente afirmamos que es necesario mantener la eficacia de los contratos en interés de la seguridad jurídica (90).

Notese sin embargo que las anteriores afirmaciones hacen que resulte invalidado en parte el esquema tradicional, respecto a lo cual podemos hacer las observaciones siguientes:

1.- Puede suceder que la designación sea errónea y que no se

trate de una autorización sino de una aprobación. En tal caso este significaría que la aprobación no se da sólo entre dos administraciones públicas, sino también entre Administración y particular.

2.- Admitiendo que se trate de una autorización no puede considerarse como una autorización normal de Derecho público.

3.- Sin embargo, tampoco estaremos en presencia de una autorización confirmadora de Derecho privado con un régimen jurídico unitario, ya que si no existe autorización no pueden celebrarse lícitamente los contratos, y las alteraciones del régimen normal se dan sólo respecto a los vicios de la autorización ya existente y la anulación de la misma.

El caso examinado nos ilustra suficientemente en torno a la importancia de la actuación policial en el campo de la economía y su influencia en los esquemas conceptuales elaborados en la Parte General del Derecho administrativo.

c) El concepto de fomento.

Nos cumple ahora estudiar el segundo y más difuso de los términos de la clasificación, este es, el fomento. Según la triestemia tradicional basada en el criterio del fin, se entendía por fomento la actividad de la Administración encaminada a ayudar a la iniciativa privada cuando se mostraba raquítica e insuficiente. El fomento venía a suponer de esta forma una corrección

al inicial abstencionismo del Estado liberal (91).

También el fomento plantea problemas de delimitación respecto a los restantes términos de la clasificación. La delimitación respecto a la policía merece dos observaciones. En primer lugar es preciso hacer notar que, aunque según VILLAR, desde los tiempos de PUTTER en la cameralística alemana la actividad de fomento se viene considerando escindida de la de policía (92), no obstante, como pone de manifiesto GARRIDO (93), el engarce de las técnicas de fomento con el Estado de Derecho no se produce obviamente sino en el siglo XIX. Es justamente durante el segundo tercio de este siglo cuando el fomento va a considerarse como la forma típica a través de la cual se desarrolla toda la actividad administrativa, al menos por lo que se refiere a España. Esto nos lleva ya a plantear la segunda de las observaciones a que nos referimos. No es sino la siguiente. La dificultad de deslindar el fomento de la policía se complica por el hecho de que, junto al deslinde de los conceptos estrictos, se superpone otro factor. Si durante fines del siglo XVIII y principios del XIX se llama policía a toda la actividad de la Administración poco después se le llamará a toda ella fomento. Si a esto unimos la imprecisión del concepto que lo ha hecho útil para todos los usos que han querido darsele, nos explicaremos la confusión que ha existido a veces entre los conceptos amplios de policía y de fomento, confusión que ha inducido a resucitar una idea anticuada de este último (94).

En cuanto a la distinción del servicio público, no obstante

la claridad de la misma, tampoco han faltado dudas (95).

No puede negarse que estas imprecisiones son altamente disculpables a consecuencia de la indeterminación del concepto. La falta de elaboración del mismo, su desconocimiento por un sector muy importante de la doctrina extranjera, y la inadmisibilidad - del criterio del fin sobre el que se basa justifican la actitud de MARTIN RETORTILLO cuando se pregunta si se puede seguir hablando de como forma de actividad técnica de la Administración de lo que en nuestra doctrina se viene denominando actividad de fomento (96). Nosotros por nuestra parte vamos a examinar el concepto tal como - se ha formulado para estudiar después su contenido económico y, - por último, las técnicas jurídicas específicas del mismo.

#### a') Concepto tradicional (97).

Si intentamos aprehender un concepto de la actividad de fomento que pueda considerarse más o menos comúnmente aceptado necesariamente habremos de sorprendernos al comprobar la falta de elaboración de esta forma de actividad, pues la mayor parte de la doctrina extranjera la desconoce, al menos la francesa y la italiana, y en la doctrina española es frecuente el caso de que existan trabajos científicos sobre las técnicas de fomento que no nos ofrezcan ninguna precisión del concepto. Nos resulta por tanto indispensable referirnos únicamente a las definiciones de JORDANA y de GARRIDO. El primero de los autores citados considera el fomento como la acción consistente en proteger, estimular, auxiliar o fomentar las actividades de los particulares mediante las cuales se sa-

tisfacen necesidades o conveniencias de carácter general (98). - GARRIDO en cambio da una definición de fomento según la cual esta actividad sería la que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de orden público protegiendo e promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen (99).

Como puede verse salvo la delimitación expresa respecto a la coacción y la ampliación del concepto aplicándole a otros entes públicos distintos del Estado, la definición de JORDANA está simplemente perfeccionada por la de GARRIDO. Operamos por tanto sobre esta última. Un examen detallado de la misma no puede por menos de demostrar que, para GARRIDO, la protección o promoción de la iniciativa de los particulares no es el fin de la actividad de fomento sino su objeto. Creemos interpretar correctamente su postura estimando que el fin está constituido por la satisfacción indirecta de necesidades consideradas como de orden público. Por otra parte, en cuanto al medio, no se nos da en dicha definición más que una orientación negativa: "sin emplear la coacción", esto es, se trata de una actividad persuasiva y no coactiva.

Coincidimos con la postura de GARRIDO. Ahora bien, de la exégesis que antecede se desprenden para nosotros varias consecuencias:

12.- El criterio del fin no es aplicable según el viejo sentido de la clasificación ya que el fin no es el que se había crei-

de tradicionalmente.

2º.- El fin a que se refiere GARRIDO es extraordinariamente impreciso. ¿Qué se entiende por satisfacción indirecta de necesidades de orden público?

3º.- La aplicación del concepto de orden público hace que, - por las razones expuestas al tratar de la policía, se haga muy - difícil la delimitación del concepto de fomento.

4º.- La delimitación negativa de los medios de fomento hace que resulte muy difícil la enunciación de las técnicas del mismo (100).

b') Su contenido económico.

Al examinar el tema a que se refiere el epígrafe nos referiremos a tres cuestiones distintas: la razón por la cual la actividad de fomento es especialmente importante para la Administración española, el relevante interés económico de las medidas concretas de fomento, y la dirección económica que se opera a través de él.

a'') La importancia del fomento en la Administración española.

Ya nos hemos referido más atrás al hecho de que la existencia del fomento con la sustantividad e importancia suficientes como para actuar de segundo término de la clasificación es un fenómeno específico de la doctrina y la legislación española, ya que salva la distinción operada en los viejos tiempos de la cameralis-

tica, la doctrina jurídico-administrativa actual francesa e italiana más común conoce en todo caso la subvención pero no el fomento.

Tratamos ahora de exponer la razón que, a nuestro entender, motiva esto. Nos ayudará a comprenderle un enunciado breve de la actividad de fomento tal como se plantea esta comunmente. Se entiende por fomento la actividad de la Administración que intenta ayudar, empujar y orientar la iniciativa privada cuando esta se muestra raquítica e insuficiente. Si reflexionamos un momento advertiremos que, dadas la mentalidad liberal que vedaba la intervención y las características de la estructura económica española durante el siglo XIX (y aún ahora), era natural que fuera en España y no en otros países donde se diera más importancia al fomento. Con esto no queremos decir que en otros países europeos no se ayudara de una forma u otra a la iniciativa privada, sino simplemente señalar el motivo por el cual la doctrina española ha dado tan gran importancia al fomento.

Por otra parte nuestra legislación pasada y presente sobre la materia, al mismo tiempo explica esa atención por parte de la doctrina, y constituye un argumento más a favor de la postura que mantenemos.

b'') El interés económico de las medidas de fomento.

Si examinamos la legislación e incluso el mismo concepto de fomento veremos que existe una importante diferencia entre este y

los otros dos términos de la clasificación. Dicha diferencia es simplemente que mientras la actividad de policía puede operar - sobre campos no estrictamente económicos y el servicio público se refiere más bien a prestación de servicios, el fomento tiene un contenido económico casi exclusivo que nos atreveríamos a - anunciar mediante la afirmación siguiente: la actividad de fomento representa la primera actuación del Estado en la vida económica del país entregada al juego de la libre competencia, para impulsar el desenvolvimiento económico.

En efecto, más arriba hemos coincidido expresamente con GARRIDO en que el fin de la actividad de fomento es la satisfacción indirecta de necesidades que se estiman de carácter general por - razones de orden público. Creemos que se trata principalmente del orden público económico al que nos hemos referido más arriba al - hablar de la policía. Un examen de la legislación española de fomento nos demostrará que dicha actividad es de un volumen considerable durante el siglo XIX y, por otra parte, que la inmensa mayoría de la legislación de fomento tiene un contenido económico - primario.

En cuanto a lo primero, el volumen e importancia de la legislación de fomento fue tal durante el siglo XIX que la Ley de 14 - de noviembre de 1868 tuvo que prohibir la concesión de subvenciones. Y en cuanto a lo segundo, advertiremos que, prescindiendo de los antecedentes (101), la legislación de la Restauración se refiere preferentemente a materias económicas (transportes, riegos),



mientras que al estudiar la legislación de fomento entre 1900 y 1931, VILLAR PALASI se refiere a transportes (ferrocarriles, carreteras y marina mercante), agricultura (aguas y agricultura - propiamente dicha), e industria. De las restantes materias sobre las que versa la actividad de fomento de la Administración sólo se ha juzgado digna de ser incluida la referente a vivienda (102). Respecto a la legislación posterior a la guerra civil basta que - recordemos aquí las leyes de protección a la industria nacional, las subvenciones al sistema de riegos, las primas a producciones agrícolas, y la continua actividad de protección a la marina mercante.

o'') La actividad de fomento como instrumento de dirección económica.

Ahora bien, la actividad de fomento no se limita al papel neutro de impulsar la economía del país sino que, de una forma más o menos consciente, termina por desempeñar en mayor o menor grado el de director, inspector e co-gestor de la actividad económica subvencionada.

Sería un tanto ingenuo pensar que la Administración otorga - ventajas a los particulares mediante el fomento a cambio de nada. Es muy natural por el contrario que se impengan unas condiciones al particular que resulta ayudado por la actividad de fomento, y que la Administración se reserve el derecho de inspeccionar la actividad a la que otorga su ayuda para comprobar si se cumplen esas condiciones, e, simplemente, si se ha llevado a cabo una recta in

versión de la ayuda prestada. Contra la afirmación de HAURIUO para quien la subvención, por ejemplo, constituye una prueba de que la Administración no es egoísta (103), hay que oponer la que hace WALINE, recogida en España por VILLAR PALASI, para quienes entraña siempre de pleno derecho un control de la actividad beneficiada (104).

Lo expuesto viene una vez más a reforzar nuestra opinión de que, mediante el fomento, el Estado, a través de la Administración, viene a romper el esquema de la libertad individual en la vida económica, puesto que mediante esta forma de actividad la ayuda, la encauza, y ... en definitiva la controla. Sólo que el control se fortalece al desaparecer la situación política que implica el Estado liberal clásico, y al adoptar el Estado de nuestros días una actitud decididamente intervencionista. Quizás se deba a esto precisamente el incremento de la actividad de fomento en nuestros días que recuerda GARRIDO (105).

La doctrina española no es completamente ajena a la idea que desarrollamos en las consideraciones precedentes. Así MARCIA DE ENTERRIA señala que la subvención es un instrumento capital en la obra de conformación social en que la Administración de nuestro tiempo está rigurosamente comprometida y, concretamente, un modo de dirección económica de una eficacia extraordinaria en orden a la distribución de la renta (106). Y por otra parte advierte GARRIDO que la protección que implica el fomento puede dar lugar a una congestión del servicio (107).

c) Técnicas jurídicas del fomento.

Como puede suponerse fácilmente la indeterminación del concepto de fomento a la que hemos aludido repetidas veces no puede por menos de repercutir a su vez en una indeterminación o falta de sentido jurídico preciso de las técnicas del mismo. Sería necesario llevar a cabo un replanteamiento de las mismas que no vamos a realizar nosotros aquí por habernos propuesto únicamente - poner de manifiesto como influyen las medidas de la Administración económica en los conceptos de la Parte General. En cuanto a la indeterminación de las técnicas de fomento afirma JORDANA DE POZAS con sobrada razón que es punto menos que imposible establecer un catálogo de las formas que puede revestir la Administración de fomento. Su característica y su eficiencia radica, precisamente, en la flexibilidad, en la adaptación a las circunstancias (108). Por otra parte VILLAR PALASI enuncia el principio de convertibilidad de las técnicas de fomento (109) que luego daría lugar al de convertibilidad de las formas de acción administrativa.

Las observaciones de ambos autores son ciertas, pero a nuestro entender las verdades que enuncian se deben a un hecho evidente: la clasificación de las formas de actividad basada en el fin, ha convertido al fomento en el cajón de sastre donde se incluyen todas las medidas por medio de las cuales la Administración satisface indirectamente sus fines.

Claro es que a la vista de esto resulta lógico que no puedan

enunciarse criterios generales ni se puedan hacer clasificaciones demasiado precisas de las técnicas jurídicas del fomento, al menos si pretendemos que aquellos criterios y estas clasificaciones tengan un carácter jurídico.

Sólo el caso de la subvención es suficientemente claro respecto a su pertenencia típica a la actividad de fomento, hasta el punto de que VILLAR PALASI las considera como técnica general (110). No obstante sería erróneo considerarla como la única. VEDEL nos dice que la ayuda del Poder público a las empresas privadas se manifiesta bajo dos formas: concediendo prerrogativas de poder público y concediendo subvenciones (111). Y esta clasificación de VEDEL nos recuerda la efectuada en la doctrina española por JORDANA (112) que GARRIDO acepta (113). Dicha clasificación no se basa en la distinta calidad jurídica de sus términos sino en los motivos por los cuales los particulares pueden sentirse estimulados. Se distinguen así medios benéficos, económicos, y jurídicos del fomento, incluyéndose las subvenciones en el segundo término de la clasificación. Nosotros por nuestra parte aceptamos esta por creer que resulta muy difícil elaborar otra a la vista del estado en que se encuentran actualmente la teoría y la clasificación de las formas de actividad administrativa (114).

#### d) El servicio público.

Entramos ahora en el tercero y más importante de los tres términos de la clasificación, el servicio público. Según el enunciado que hicimos más arriba se entendía por servicio público la

actividad de la Administración consistente en afectar prestaciones de servicios a los particulares cuando estos no debían (por razones de soberanía) o no podían (por razones económicas) llevar a cabo las actividades necesarias (115).

Tratándose de esta forma de actividad no creemos necesario insistir en que durante algún tiempo se entendió que debía incluirse bajo el concepto toda la actividad desarrollada por la Administración pública. Por otra parte, en cuanto a la delimitación con los restantes términos, ya nos hemos referido al hecho de que un sector de la doctrina francesa aprecia la falta de delimitación estricta con respecto a las subvenciones incluidas en el fomento. Pero en este caso la delimitación es, tanto o más necesaria que respecto a las demás formas de actividad, respecto a la actividad privada de la Administración pública e incluso respecto a la actividad de los particulares. Efectivamente en cuanto a lo primero indica FORSTHOFF que las empresas económicas por medio de las cuales lleva a cabo la Administración la asistencia vital pertenecen a la Administración pública de manera incondicional, incluso en el caso de que transcurran en las formas de Derecho privado (116). Y en cuanto a la posible confusión con las actividades de los particulares ha sido precisamente el Consejo de Estado francés, que alumbró el concepto y cuyas decisiones han contribuido a esclarecer y formar el Derecho administrativo, quien en su arrêt de 21 de noviembre de 1947 habla de actividades privadas asimilables a servicios públicos, no obstante lo claro que resulta el hecho de que es el interés general de la comunidad lo -

que diferencia unas y otras actividades según LAUBADERE (117).

Nosotros no vamos a intentar ahora llevar a cabo una delimitación del concepto del servicio público, que, a más de sobrepasar ampliamente la finalidad del presente estudio, llevaría consigo una revisión de la mayor parte del Derecho administrativo. Nos limitaremos a ir haciendo algunas observaciones sobre el concepto al mismo tiempo que lo exponemos comentando la bibliografía más común.

Sabido es que el desenvolvimiento del concepto de servicio público ha sido llevado a cabo principalmente por la doctrina francesa. Dentro de esta señala VEDEL que existe una disociación entre el sentido formal del servicio público, empresa regida por la Administración, y el sentido material, actividad que tiende a satisfacer una necesidad de carácter general (118). Aunque dicha observación no resulta muy orientadora ya que equivale a decir - que el servicio público debe ser público y debe ser servicio, no obstante debemos poner de manifiesto un hecho a propósito de la misma. Ese "interés general" al que se refiere VEDEL y que ve tan claro LAUBADERE como criterio de distinción entre el servicio público y la empresa privada, para nosotros no es ni mucho menos tan claro (119). Es quizás por esto por lo que en España GARRIDO y en el extranjero un importante sector de la doctrina se apartan del concepto de servicio público para referirse fundamentalmente a la idea de prestación, como hace igualmente FORSTHOFF (120).

En la doctrina italiana ZANOBINI define al servicio público como cualquier prestación de utilidad hecha por un ente público a la generalidad de los ciudadanos o a determinadas personas (121). Y por otra parte ALESSI, que es quizás quien ha investigado más a fondo el concepto de prestación, nos dice que la noción de servicio público implica un cierto complejo de medios que constituyen una entidad que actúa con un carácter de continuidad y de sistematicidad; actividad dirigida a satisfacer necesidades individuales que se convierten en colectivas a la vista de su generalidad e importancia; implica la idea de prestaciones que encuentran su fin señaladamente en el interés público (122). Para ALESSI las relaciones entre servicio público y prestación se concibe de tal modo que la prestación viene a extrinsecar la reconstrucción científica del fenómeno intrínseco del servicio público (123). Por otra parte la prestación, entendida en sentido técnico, se concibe como una actividad personal objeto de una relación de carácter obligatorio que ocurre entre dos sujetos (124).

Prescindiendo de algunas posturas aisladas (125) podemos reunir varios elementos de los conceptos citados a fin de obtener una primera aproximación a la idea de servicio público. Este sería una actividad de la Administración pública que se desarrollaría con carácter de continuidad y sistematicidad e implicaría la existencia de un conjunto de medios materiales con objeto de efectuar una dación de prestaciones a los administrados, entendiendo por prestación una actividad personal objeto de una relación de carácter obligatorio.

A la vista de cuanto va dicho en el presente epígrafe es obvia la imprecisión del concepto que justifica la idea de crisis - respecto al mismo. Antes de exponer la contribución de los hechos de la Administración económica a que se produzca la crisis, vamos a examinar someramente la evolución del concepto y las causas de dicha crisis con el fin de obtener de este modo una visión más - completa.

a') Evolución del concepto (126).

Para obtener una comprensión mayor de la situación actual del concepto de servicio público parte GARRIDO de la idea que desarrollamos en el presente epígrafe, esto es, de que el concepto ha evolucionado de manera tal que actualmente cubre servicios de un carácter muy diverso.

Efectivamente, en un primer momento el Estado se hizo cargo de los llamados servicios asistenciales por una serie de razones muy diversas. Estos servicios, que anteriormente estaban en manos de la Iglesia (educación, beneficencia, sanidad), pasan a ser asumidos por el Estado el cual no desenvuelve respecto a ellos una actividad de carácter monopolístico. Por el contrario se parte del punto de vista de que, si bien es cierto que el Estado debe ocuparse de la educación y la instrucción pública, esto no obsta para que los particulares desenvuelvan paralelamente una actividad análoga en el ejercicio de la libertad de enseñanza. Puede afirmarse sin temer a incurrir en graves errores que durante la primera mitad del siglo XIX el servicio público no es el concepto -



fundamental respecto a dichas materias, ya que la ingerencia estatal se produce utilizando el cauce de la actividad de policía.

En un segundo momento el concepto de servicio público adquiere una importancia mucho mayor. Esto tiene lugar cuando, a causa de la evolución de las formas de vida, se hace necesario montar una serie de servicios de carácter económico. La actitud neutral del Estado impide a la Administración hacerse cargo de estos, pero al mismo tiempo su soberanía le impide que algunas de estas materias sean atendidas por los particulares. Una figura jurídica, el contrato de concesión, salva la contradicción (127) en el sentido de que la Administración sigue siendo titular del servicio, pero este presta directamente por un particular en ciertas condiciones. Este segundo momento puede considerarse como la edad de oro del servicio público, puesto que es entonces cuando se intenta montar sobre él todo el edificio del Derecho administrativo. Esto no iba a dejar de tener inconvenientes, como ha puesto de manifiesto GARCÍA DE ENTERRÍA, ya que la limitación de la actuación en régimen de Derecho público impedía además por sí misma que la Administración cumpliera otra actividad que la de servicio público (128).

Por último existe un tercer momento en el que la Administración se convierte en gestora de empresas económicas, bien creando empresas nuevas, bien nacionalizando las ya existentes. En este tercer momento el servicio público entra en crisis al menos como concepto clave del Derecho administrativo, a causa de dos he-

chos. la gestión directa, que supone una intervención en la vida económica, y la posibilidad de que estas empresas económicas se rijan por el Derecho privado que utiliza instrumentalmente la Administración (129).

Estas tres realidades que presentan caracteres diferentes no pueden englobarse correctamente bajo el concepto de servicio público por lo que GARRIDO utiliza para dominarlas el concepto de prestación que, junto con los de coacción y fomento, completaría la tricotemía.

b') Conceptos amplio y estricto (130).

Junto a esta pluralidad de hechos distintos a los que hay - que referir el concepto de servicio público, opera también como motivo de confusión y causa de crisis la indeterminación del concepto que puede tomarse en sentido amplio o en sentido estricto.

El concepto amplio de servicio público corresponde a la época en que la Administración asume una serie de servicios de carácter económico. Ha sido elaborado principalmente por la doctrina francesa. Elevado al rango de sustituto de la soberanía por DUGUIT, fue completada esta visión por JEZE, seguidor suyo dentro de la escuela realista, el cual puso de relieve especialmente el procedimiento jurídico por el que se regía la gestión de los servicios públicos, identificándose así servicio público y régimen jurídico-administrativo. A pesar de la polémica que HAURIOU mantuvo con dicha escuela realista, a la postre aceptó también el -

concepto amplio del servicio público, considerado como la tarea a realizar por la Administración, si bien sería el Poder el medio para realizarlo. Con esto la concepción liberal queda alterada sustancialmente ya que sobre esta prestación se cifra ahora el único sentido del Estado (131).

Frente a este concepto de servicio público se ha elaborado recientemente por la doctrina, especialmente por la italiana, un concepto restringido. Según este el servicio público sería aquel que estando en manos de entes públicos, tiene al público por destinatario (DE VALLES); aquel que implica una serie de actividades puestas al servicio del particular para ayudarlo en el cumplimiento de sus fines (ZANOBINI); aquel que está dirigido a proporcionar utilidad a los particulares (ALESSI).

No es preciso subrayar hasta qué punto la coexistencia de los conceptos amplio y estricto ha actuado como elemento desorientador en torno al concepto mismo de servicio público.

#### e') Causas económicas de la crisis.

Hasta ahora nos hemos referido a dos hechos que arrojan luz sobre la confusión actual en torno al concepto de servicio público: las diferentes realidades que encubre, y la existencia de un concepto amplio y otro estricto del mismo. Sin perjuicio de valorar en su justa medida estos hechos así como otras causas de la crisis a que nos referiremos después, lo que tiene ahora mayor interés para nosotros es la investigación acerca de las causas -

económicas que han influido en dicha crisis.

Resulta un hecho innegable la influencia que la intervención de la Administración en la economía ha tenido en el destrenamiento de la noción de servicio público como concepto central del Derecho administrativo. Junto a las viejas formas de actuación de la Administración surgen otras nuevas que PUGET enumera y que existen en empresas con todo el capital en manos del Estado, el establecimiento público o la sociedad nacional (132). Sin que esto signifique que nos adheramos a la enumeración de PUGET juzgamos - no obstante que esta es sintomática acerca de las nuevas formas de actuación de la Administración. Y este hecho permanece aunque a veces la doctrina se niegue terminalmente a tomarlo en cuenta - (133). Veamos ahora las principales causas imputables a la Administración económica que han influido en la desorientación sobre el concepto.

a'') Establecimientos públicos con carácter industrial y comercial.

Nos corresponde examinar en primer lugar el concepto enunciado en el epígrafe, sobre el que se han emitido juicios dispares - en cuanto a su importancia, pero al que consideramos del máximo interés por las razones que se verán. Respecto a ellas dice FORSTHOFF que en la actualidad los servicios públicos adquieren el carácter de establecimientos públicos cuando no han preferido adoptar una estructura yusprivatista (134). Y DRAGO, de modo un tanto

enfático, afirma que importa constatar que la invasión del Derecho privado por el público se realiza mediante el procedimiento del establecimiento público y que la crisis del establecimiento público puede aparecer como el signo de un crepúsculo del Derecho público tradicional (135); mientras que PUGET opina por el contrario que los establecimientos públicos personificados no se apartan demasiado del régimen habitual en vigor (136).

Veamos ante todo qué se entiende por establecimiento público, y qué causas han motivado la crisis a la que se refiere DRAGO. Según RIVERO se podía considerar como definición clásica del establecimiento público la siguiente: un servicio público dotado de la personalidad moral (137). Ahora bien, según CONNOIS, sería erróneo pensar que el establecimiento público está sometido a un régimen jurídico determinado (138), pues en realidad es necesario caracterizarlo por la concurrencia de las tres notas siguientes: organismo público, personalidad moral, y vocación especial (139). Sobre este establecimiento público personificado ejercía el Estado una tutela que se manifestaba en los poderes de nombramiento y revocación del personal dirigente y en la aprobación y autorización de ciertos actos (140), teniendo por tanto fundamentalmente el carácter de una tutela de legalidad (141).

Pero la noción tradicional de establecimiento público iba a verse alterada por la aparición de una categoría especial del mismo: el establecimiento público con carácter industrial y comercial, denominación empleada por la jurisprudencia (142) que sería acep-

tada por primera vez por un texto legal en el Decreto francés de 15 de diciembre de 1934 (143). Y la alteración que estos establecimientos suponen está fundamentada en causas económicas.

Según DRAGO, dominando desde muy arriba las instituciones, - se constata que entre los organismos que la ley o la jurisprudencia califican de establecimientos públicos, les hay de dos clases: unos son servicios en sentido económico, es decir, realizan prestaciones, y otros no realizan ninguna clase de prestación. Los primeros, a consecuencia de circunstancias económicas y condiciones políticas, tendrán por objeto asegurar una intervención del Estado en el dominio industrial o comercial (144). RIVERO afirma que las dificultades ya existentes en torno al concepto de establecimiento público se iban a agravar con el desenvolvimiento de los servicios públicos industriales y comerciales entre las dos guerras, ya que el establecimiento público escapaba a las normas tradicionales (145). Y es necesario tener presente que estos establecimientos tienen por objeto asegurar una acción directa, y, de alguna manera autoritaria, del Estado en el campo de la economía (146).

Claro es que estos establecimientos industriales y comerciales no podían funcionar en un régimen clásico de tutela por parte del Estado por lo que se hizo necesario dotarlos de una mayor flexibilidad (147). Para ello se suavizó el régimen de control general, consistente en uno a priori ejercido por los "centroleurs" - generales del Estado y otro a posteriori ejercido por el Tribunal

de Cuentas (148), pasándose así de una tutela de legalidad a una tutela de oportunidad (149). Fácilmente se comprende la comodidad de la vía que ofrecían los establecimientos públicos industriales y comerciales al no estar sometidos al régimen normal. Sucedió - entonces que el legislador multiplicó los establecimientos de carácter industrial y comercial en condiciones muy variadas (150), sobre todo en los sectores de la industria, el comercio y los transportes (151).

De aquí se siguió, como no podía menos de suceder, una verdadera descomposición de la noción de establecimiento público - (152), tanto más explicable cuanto que el concepto de establecimiento intervencionista presenta unas fronteras bastante imprecisas (153). De este modo pudo afirmarse que la introducción de elementos muy extraños había hecho perder a la noción de establecimiento público la claridad y la simplicidad que había adquirido en el Derecho administrativo francés (154), hasta el extremo de afirmarse que, al referirnos al establecimiento público, estamos hablando de una noción genérica y no específica (155).

#### b'') Servicios públicos industriales y comerciales.

A la vista de lo que antecede podría resultar extraño que - nos hayamos ocupado de los establecimientos públicos industriales y comerciales al tratar del servicio público. La razón es - que, al menos en Francia, el establecimiento público es un modo de gestión de los servicios públicos (156). Se trata de una opinión unánime de la doctrina francesa. En esta idea insisten ade-

más de LAUBADERE, VEDEL (157), DRAGO (158), y CONNOIS (159). Los dos primeros opinan que se trata de una descentralización por servicios (160), y PUGET compara estos establecimientos a las descentralizaciones de los entes locales (161).

Ahora bien si resulta cierto el punto de vista que acabamos de exponer que viene siendo aceptado por el Consejo de Estado francés desde su arrêt de 22 de mayo de 1903, debemos deducir lógicamente de acuerdo con LAUBADERE que los establecimientos públicos industriales y comerciales tienen el carácter de verdaderos servicios públicos (162). Tenemos que aceptar por tanto la existencia de unos servicios públicos gestionados por los establecimientos industriales y comerciales a los que llama la doctrina francesa servicios públicos de carácter industrial y comercial.(163).

Pero ¿qué son en realidad los servicios públicos de carácter industrial y comercial? Sin que falten definiciones de esta idea en la misma doctrina española (164), hay que reconocer que es principalmente la francesa la que se ha ocupado del concepto, por responder a la realidad de su Derecho positivo (165). La definición más común en Francia, aceptada expresamente por DRAGO (166), es la que formula CHAVANON, según el cual los servicios públicos industriales y comerciales son empresas administrativas que aseguran prestaciones a los particulares por el ejercicio habitual de actos de comercio sin adquirir sin embargo la calidad de comerciantes en el sentido del Derecho privado; son sin embargo servicios públicos (167).



La razón de la aparición de esta nueva figura jurídica fue, según CONNOIS, que las actividades de carácter económico no podían funcionar de manera satisfactoria si estaban sometidas a las mismas reglas que los servicios "de carácter administrativo", por lo que era preciso dotarlas de una mayor flexibilidad de gestión (168). De aquí se dedujo la existencia de una serie de servicios a los que la jurisprudencia reconoció el carácter de industriales y comerciales (169), que no pueden identificarse sin más, en cuanto a su régimen jurídico, con los servicios públicos en sentido clásico. (170).

Parece ser que en cuanto a la inclusión de estos servicios industriales y comerciales en la categoría conceptual del servicio público no cabe adoptar una actitud completamente decidida. Así vemos que, se afirma su carácter de servicio público (171), tanto más cuanto que si se admite que en todo caso el establecimiento público gestiona un servicio público, el establecimiento industrial y comercial debe gestionar uno de esta naturaleza (172); y cuanto que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado - en su arrêts de 15 de febrero de 1935, 23 de diciembre de 1949, y 20 de octubre de 1950, que su carácter de industriales o comerciales no les impide ser verdaderos servicios públicos (173). No obstante el mismo LAUBADERE tiembla su afirmación diciendo inmediatamente (174) que los servicios industriales y comerciales ... pueden constituir y a menudo constituyen verdaderos servicios públicos.

Frente a esta caracterización es preciso tener en cuenta los

siguientes hechos:

1ª.- Que, excecionalmente, puede admitirse la existencia - de establecimientos públicos que no gestionan un verdadero ser - vicio público (175).

2ª.- Que según sentencia del Tribunal de Conflictos de 22 - de enero de 1921 la competencia sobre los litigios que se puedan plantear en torno a los servicios industriales o comerciales per - tenece a los tribunales ordinarios (176).

3ª.- Que, según LAUBADERE (177), sólo pueden considerarse - verdaderos servicios públicos si la actividad ha sido asumida por el Estado para satisfacer un interés colectivo a la vista de la - insuficiencia de la iniciativa privada.

4ª.- Que, no obstante, la jurisprudencia emplea el criterio empírico de las condiciones generales en que funciona el servi - cio como criterio de distinción (178).

Lo que sucede en realidad es que viven en un régimen mixto - en el que se encuentran combinados elementos de Derecho privado - por el carácter comercial de la actividad, y elementos de Derecho público por el carácter de servicio público (179).

Facilmente se comprende hasta qué punto debió influir en la crisis del servicio público la idea de los servicios públicos in - dustriales y comerciales, cuande, llevando a cabo estos su activi - dad en condiciones similares a las empresas privadas y no estando

sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, se afirma por una parte que no son siempre servicios públicos, y por otra que el carácter de industriales y comerciales no les impide serlo. De este modo el servicio público de carácter industrial y comercial, impreciso él mismo, ha contribuido grandemente a la crisis del tercer término de la triconomía clásica.

c'') Nacionalización y creación de empresas (180).

Nos hemos referido hasta ahora al establecimiento público - industrial y comercial y al servicio del mismo carácter que pueden considerarse hasta cierto punto como un fenómeno peculiar de la doctrina francesa.

Entraremos ahora en el examen de la nacionalización y creación de empresas. Aunque la doctrina se refiere normalmente sólo al fenómeno de la nacionalización es evidente que si el Estado - crea una empresa ex novo se plantearán problemas jurídico-administrativos idénticos o al menos muy parecidos a los de las nacionalizaciones (181).

Dejando aparte el encuadramiento del hecho en la economía - global del Estado (182) opinamos con GARRIDO que la nacionalización comporta la transferencia de la empresa a la propiedad pública para explotarla directamente (183); y que cuando se habla de nacionalización de empresas se apunta a la asunción de las mismas por una entidad pública para su gestión directa (184). Y compartimos también su criterio de que con ello no se prejuzga -

la sumisión de estas formas directas de gestión al régimen público o al privado (185). Buena prueba de ello es el empirismo con que se ha procedido en Francia al caracterizar cada nacionalización (186).

Ahora bien, es indudable que las nacionalizaciones han influido fuertemente en la crisis del servicio público, manifestando, según RIVERO, lo que ya se podía presentir desde hace años. El golpe final que han dado al concepto (de servicio público) puede considerarse decisivo (187).

Al referirse a la nacionalización de empresas la doctrina francesa suele encuadrar el fenómeno en el marco de los servicios públicos de carácter industrial y comercial. Así vemos que DRAGO considera como argumento en favor de esta tesis las palabras de la Constitución francesa según las cuales todo bien o empresa que tenga carácter de servicio público nacional o de monopolio de hecho debe ser propiedad de la colectividad (188). LAUBADERE piensa que estas empresas no constituyen más que una categoría de servicios industriales o comerciales para los cuales el legislador ha manifestado una intención más particular de hacerlos vivir bajo un régimen de Derecho privado (189). Y CONNOIS opina que las empresas nacionalizadas son establecimientos que gestionan un servicio industrial o comercial ya que estos establecimientos se caracterizan por las tres notas de organismo público, personalidad moral, y vocación especial, que se dan todas ellas en las empresas públicas (190).

Ya hemos puesto de manifiesto la imprecisión de la idea de servicio industrial y comercial, lo que nos orienta acerca de lo poco sólidas que son las afirmaciones anteriores. Pero es que además, según RIVERO (191), sucede otra cosa. La incertidumbre sobre la calificación del servicio público aplicada a las empresas nacionalizadas no tiene ninguna importancia, ya que cualquiera que sea la respuesta escogida da lugar a soluciones idénticas. Esto sucede porque, si intentamos aplicar a las empresas nacionalizadas las principales consecuencias que la jurisprudencia deduce del concepto de servicio público, veremos que todas ellas conducen a terreno falso. Los criterios de la autoridad pública sobre la empresa, la continuidad del servicio público, la igualdad de los usuarios ante el servicio, se muestran todos igualmente inútiles. Puede decirse por tanto que la aparición de las empresas nacionalizadas han contribuido no solamente a disminuir el valor actual de la noción de servicio público sino también a que surjan dudas sobre su valor tradicional. Vemos de este modo hasta qué punto han influido las nacionalizaciones de empresas en la crisis de servicio público. Y a todo ello hay que unir la aparición en la doctrina española del concepto de gestión económica como cuarta forma de actividad.

#### d') Situación actual.

Resulta obvia aunque no esta de más volver a insistir sobre ella aquí. El concepto amplio de servicio público como soporte de todo el Derecho administrativo se ha venido abajo y resulta ya imposible de mantener; y esto se ha producido como consecuencia de una

situación actual en la que la Administración se convierte en gestora de empresas de carácter industrial y mercantil (192). El proceso mental es especialmente claro en la doctrina francesa. Incluidas en el concepto de establecimiento público una serie de actividades de carácter económico, y considerándose dichos establecimientos como una forma de gestión de servicios públicos, fue necesario reconocer a las actividades económicas el carácter de servicio público industrial o mercantil. Ya hemos visto la imprecisión de ambos conceptos en las páginas que anteceden.

Las empresas nacionalizadas significan el último eslabón de la cadena. Dejando aparte la confusión entre nacionalización, especialización, etc. el intento de aplicar a estas empresas el régimen jurídico del servicio público no muestra hasta qué punto era débil esta noción; y el intento de incluir a las empresas entre los servicios públicos industriales y comerciales no nos da ninguna orientación definitiva en cuanto a la calificación y al régimen jurídico de las mismas. Y aunque esta evolución la hemos expuesto siguiendo a la doctrina francesa, que es la que más ha profundizado sobre el tema, la existencia de estas empresas no ha dejado de tener repercusiones en la doctrina española. El concepto de servicio público tendrá que reducirse por tanto a límites más modestos y dejar de ser la noción clave de todo el Derecho administrativo (193).

d) Nuestra posición respecto a las formas de actividad.

Tras la crítica que hemos hecho en los epígrafes anteriores

a la clasificación de las formas de gestión, parece necesario ahora exponer nuestra posición respecto a la misma. Para ello debemos examinar previamente el viejo criterio y los que se han propuesto como sustitutos del mismo en la doctrina española.

Pero permitásenos hacer antes una observación. Desde el principio del presente capítulo que el estudio de la intervención de la Administración en la economía resulta especialmente útil para llegar a una mejor comprensión de las formas de actividad y de la distinción entre la actividad pública y la actividad privada de la Administración pública. Siendo en las páginas siguientes donde resultará más necesario utilizar dicha distinción debemos poner ahora de manifiesto que el fenómeno de la publicación del Derecho privado y la privatización del Derecho público, al que se refiere entre nosotros GARRIDO (194), ha hecho que se produzca una desvalorización de la distinción entre ambos géneros de Derecho (195); hasta el extremo de que ha podido decirse por FORSTHOFF que la distinción entre actividad administrativa de Derecho público y Derecho privado no corresponde actualmente a la realidad (196).

Teniendo en cuenta que donde adquiere más validez la distinción es en el estudio del servicio público, puede pensarse que respondan al deseo de resolver esta dificultad los esfuerzos clasificatorios de GARRIDO (197) y de GARCIA TREVIJANO (198). Según el primero habría que distribuir entre una actividad prestadora realizada por el Estado que este asume por razones derivadas del interés público, una segunda que se asume por consideraciones de eg

rácter fiscal o financiero, y una tercera actividad del interés público sometida a un régimen privado. Para GARCIA TREVIJANO en cambio es preciso distinguir: 1ª servicio público; 2ª actividades encuadradas en un ordenamiento seccional que son de interés público; 3ª empresa privada de la Administración.

a') Inadecuación del criterio del fin.

Apenas necesitamos insistir en el hecho enunciado en el epígrafe, al que por otra parte nos hemos referido ya en páginas anteriores. El criterio del fin no puede servir de base para efectuar una clasificación de las formas de actividad.

Y esto por dos razones. En primer lugar porque no podemos aceptar como criterio preciso el fin de cada una de las formas de actividad cuando a su vez cada una de dichos fines es extraordinariamente impreciso. Así vemos que se había considerado como fin típico de la policía el mantenimiento del orden público; pero la ampliación del concepto de orden público a manifestaciones de la vida económica lo ha deformado hasta convertirlo en inútil (199). Se considera como finalidad del fomento satisfacer indirectamente necesidades que se estiman de carácter general por razones de orden público, con lo que, además de volvernos a encontrar con la imprecisión de este concepto, estamos en presencia de algo tan indeterminado como esa satisfacción indirecta en la que pueden incluirse las nociones más diversas. Por otra parte si, según la ya citada definición de GARRIDO, el interés público es el motivo último de que se lleven a cabo prestaciones por parte del Estado no puede -



decirse que, respecto al concepto de servicio público, nos encontramos con una precisión mayor.

Pero en segundo lugar resulta que a más de no estar bien delimitado el fin de cada una de las formas de actividad, incluso ese mismo que se tenía por fin de las figuras jurídicas no se conseguía exclusivamente a través de la forma de gestión a que ese fin respondía. Esta situación, fruto de la falta de correlación existente entre el fin de la actividad y las técnicas empleadas, ha sido puesto de manifiesto expresamente por GARRIDO, refiriéndose a la policía (200).

Con esto no queremos decir que el criterio de la finalidad sea completamente inútil, puesto que nos servirá para la delimitación de las formas aunque sea simplemente con carácter negativo (201). Lo que queremos indicar de acuerdo con la doctrina (202) es que, en estas materias, debe partirse de la finalidad pero orientándose hacia el criterio del resultado y de la técnica jurídica utilizada.

b') El principio de convertibilidad de las técnicas administrativas.

El hecho de que actualmente se empleen medios de una de las formas de actividad para conseguir fines propios de otra ha sido elevado por ENTRENA CUESTA al rango de principio de convertibilidad de las técnicas administrativas (203), suponemos que desarrollando la idea de VILLAR PALASI, el cual afirma que todas las téc

nicas de fomento son entre sí convertibles (204).

Desde luego estimamos con GARRIDO que tan es posible alcanzar un fin de orden público empleando técnicas de fomento, como perseguir una finalidad proteccionista empleando medios de tipo coactivo (205). Pero nos resistimos a considerar este principio como válido para resolver el problema por dos razones. En primer lugar porque si se observa el fenómeno detalladamente se advertirá que, mediante el principio de convertibilidad, lo que se estima intercambiable no es tanto la técnica cuanto los medios (autorización, subvención, procedimientos de gestión). En segundo lugar porque aceptar como solución esta idea supone consagrar definitivamente la actual indeterminación de la clasificación; y la existencia de la misma es una pieza clave en cuanto a la construcción de un método de estudio verdaderamente científico de las legislaciones especiales, una de las cuales es precisamente la que se refiere a la Administración económica.

e') La "gestión económica" como cuarta forma de actividad.

El esquema de la división clásica de las formas de gestión ha sido atacado por VILLAR PALASI mediante un planteamiento que ha hecho fortuna en la doctrina jurídico-administrativa española. Según VILLAR a las tres formas de gestión indicadas habría que añadir una cuarta, la gestión económica, que englobaría todos los hechos económicos referentes a las empresas estatales (206). Se nos aclara desde luego que el nombre de gestión económica es, como todos los calificativos de este género, convencional, un valer en-

tendido. Pero parece preferible utilizar este término al de servicio público económico (207). A la postura de VILLAR PALASI se ha adherido posteriormente GARCIA DE ENTERRIA (208).

Para VILLAR PALASI se trata en el ámbito de la gestión económica de una dación al mercado y no de la prestación de un servicio a los administrados; y GARCIA DE ENTERRIA pone de manifiesto que se presta en concurrencia con los particulares (209) mientras que la actividad de servicio público lleva consigo la existencia de un monopolio de derecho. Y afirma por otra parte que la actividad de gestión económica no es sustancialmente pública, - mientras el servicio público sí lo es.

No es nuestro propósito revisar ahora la postura de estos - autores y la polémica que ha mantenido con ellos GARRIDO (210) ya que coincidimos con la opinión de este último (211). Pero queremos poner de manifiesto no obstante algunas observaciones que se nos ocurren. En primer lugar estimamos que, aún con el valor relativo que se le atribuye no ha sido feliz la elección de la designación. ¿Por qué llamar gestión económica sólo a la actividad que realiza la Administración en torno a las empresas industriales? ¿No es acaso una gestión en la economía la que lleva a cabo la Administración a través de la policía y del fomento y no sólo respecto a la industria sino respecto a la agricultura y al comercio?

Por otra parte dada la indeterminación actual del concepto de servicio público parece algo aventurado tratar de llevar a ca-

be una distinción precisa respecto a él de una nueva forma de - gestión. Pues fácilmente sucederá que al manejar algún criterio de distinción este no podrá utilizarse respecto a todas las realidades que incluye actualmente el concepto de servicio público.

d') Postura que adoptamos.

Para nosotros, a la vista de lo que antecede, lo sucedido es claro. Se partió de una base inicial (el criterio de la finalidad) que estaba construida desde el punto de vista liberal clásico y - que, por consiguiente, dió como resultado que las formas de actividad se clasificaran según la relación existente entre actuación de la Administración y libertad de los particulares, tal como se entendían estas cuestiones a fines del siglo pasado. Y a cada una de estas formas de actividad correspondía más o menos exactamente una técnica jurídica.

Esta situación se alteró a nuestro juicio por tres hechos:

1º.- Porque con el Estado liberal clásico desaparecieron las condiciones generales del sistema.

2º.- Porque el fin de cada una de las formas de actividad resultaba indeterminado y confuso.

3º.- Porque se emplearon técnicas de unas formas de actividad para conseguir finalidades propias de otras con lo que se produjo una disociación entre las técnicas y el fin.

Tenemos por tanto que reconocer que el criterio del fin resul-

ta actualmente inútil como base de una clasificación de las formas de actividad administrativa. Se hace por tanto indispensable recurrir al criterio de las técnicas y admitir la clasificación propuesta por GARRIDO en actividad de coacción, de estímulo, y de prestación.

Pero queremos llamar la atención sobre un punto importante.- Para la realización de cada una de las formas de actividad se emplean unos medios jurídicos determinados (autorización, subvención, diversos procedimientos de gestión) que no se corresponden con las formas de actividad. ¿Qué sucederá si algún día se descubre que a su vez las técnicas (coacción, persuasión, prestación) no se corresponden tampoco con las formas? Apuntamos esta posibilidad porque nos parece del máximo interés. Permitásenos por ahora sin embargo dejar simplemente abierto el interrogante que no tenemos tiempo de resolver en este momento.

### 3) Prestación de bienes y servicios y cumplimiento de fines.

Per último vamos a pasar revista someramente al tema a que se refiere el presente epígrafe.

#### A) Las diversas formas de gestión.

Basándose en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955 clasifica GARRIDO los modos de gestión del servicio público en

#### A) Gestión directa por la Administración.

- 1) Gestión indiferenciada sin órgano especial.
- 2) Establecimiento o empresa propia sin personalidad.
- 3) Servicio público personificado.
- 4) Sociedad privada.

**B) Gestión indirecta.**

- 1) Cesación.
- 2) Arrendamiento.
- 3) Concierto.

**C) Gestión mixta.**

- 1) En "gestión interesada".
- 2) Sociedad de economía mixta (212).

A efectos comparativos con las restantes posturas expresadas por la doctrina española, vamos a considerar ahora únicamente los modos de gestión directa que son los que más nos interesan por lo que después se verá. Actuando dentro de esta línea veremos que - VILLAR PALASI considera entre los entes autónomos con personalidad jurídica al establecimientos público intervencionista y a la empresa pública (213); y que GARCIA TREVIJANO considera a este - respecto, la explotación diferenciada a través de los órganos de la Administración, el ente público institucionalmente creado para ello, y la sociedad mercantil (214).

Si observamos detenidamente las tres posturas expresadas observaremos que hay en cada una de ellas un concepto que siendo muy

próximo a otros enunciados en otras clasificaciones no coincide sin embargo totalmente con ellos. Nos referimos a lo que GARRIDO llama servicio público personificado, VILLAR establecimiento público intervencionista, y GARCIA TREVIJANO ente público institucionalmente creado al respecto. El examen de estas tres categorías conceptuales nos va a llevar al problema que intentamos resolver en el siguiente y último epígrafe.

B) La descentralización funcional en materias económicas.

Al hablar de los servicios públicos personificados como término de su clasificación hace GARRIDO unas consideraciones que nos parecen sumamente interesantes en torno al problema. Advierte GARRIDO que es necesario distinguir entre el servicio público personificado y la descentralización funcional en materias económicas, pues no todas las personas jurídicas de carácter institucional pueden considerarse servicios públicos personificados; y señala de paso que este es precisamente el error cometido por la doctrina francesa al estudiar el establecimiento público (215). Coincidiendo como lo hacemos con la postura de GARRIDO nos ha parecido necesario efectuar esta puntualización ya que pueden inducir a error los términos correlativos de las clasificaciones de VILLAR y GARCIA TREVIJANO.

Por otra parte es indudable que en muchas ocasiones nos encontraremos con casos de descentralización funcional que muy difícilmente podrían considerarse servicios públicos, a menos que utilizemos esta noción en un sentido tan amplio que quede desprovis-

ta de significado caso por completo como calificación jurídica. En el campo de la Administración económica se demuestra una vez más la utilidad de la distinción efectuada por GARRIDO (216) entre servicios públicos personificados y descentralización funcional. Como ya se ha expresado repetidamente páginas atrás, el hecho a tener en cuenta respecto a la Administración económica no es simplemente la aparición de empresas industriales y mercantiles, sino toda la actuación de la Administración respecto a la economía, que la viene encomendada por ser un fin específico del Estado de nuestros días orientado a remediar la situación creada durante la época capitalista-liberal pura.

El concepto de institución se muestra especialmente útil para el cumplimiento de estos fines, pues, como señala FORSTHOFF - acude en ayuda de la Administración cuando esta piensa intervenir en libertades y propiedades sin contar con una norma jurídica correspondiente, la cual es sustituida por la entrada en el ámbito funcional de la institución, y con ello en una especial relación de poder (217). Lo dicho por FORSTHOFF es aplicable según nuestro punto de vista, no al servicio público personificado, sino más bien a la descentralización funcional en materias económicas.

Dentro de este fenómeno de la descentralización funcional encuadra GARRIDO (218) al Instituto Español de Moneda Extranjera al que se refieren las restantes partes de la presente tesis.



N O T A S

- (1) V. supra, cap. II.
- (2) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 136.
- (3) V. supra, cap. II.
- (4) Refiriéndose a la intervención en conjunto, la doctrina admite la legislativa para rechazarla inmediatamente y abordar el estudio de la administrativa. En este sentido JORDANA DE POZAS dice que para lograr la satisfacción de las necesidades generales se utiliza una gran variedad de medios que pueden clasificarse en cuatro grupos o modos: legislación, policía, fomento y servicio público. No obstante lo cual, excluida la legislación, entra en seguida en el estudio de las restantes. JORDANA DE POZAS, Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho administrativo. Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas, tomo I, Madrid, 1961, pág. 478.
- (5) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 519. El subrayado es nuestro.
- (6) En este sentido opinamos con GARRIDO que la multiplicación de las categorías jurídico-administrativas no puede ser consecuencia de las distintas materias sobre que las relaciones versan, sino de los distintos medios jurídicos utilizados por la Administración pública en su actuación. GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 120.

- (7) V. GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 135.
- (8) GARRIDO, Ob. y loc. cit.
- (9) VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 61.
- (10) V. la forma terminante en que se expresa al respecto MONCADA en, Significado y técnica jurídica de la policía administrativa, Revista de Administración Pública, nº 28, Madrid, 1950, - pág. 55.
- (11) JORDANA DE POZAS, Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho administrativo. Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas, tomo I, Madrid, 1961, pág. 478.
- (12) VILLAR PALASI, Ob. y loc. cit.
- (13) El hecho fue ya destacado por el mismo JORDANA, según el cual puede formularse como una constante de nuestra evolución administrativa en los últimos ciento cincuenta años el paso sucesivo para cada una de las necesidades públicas de uno a otro de los modos señalados. JORDANA DE POZAS, Ob. y loc. cit.
- (14) Según GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 285, a cuya opinión nos adherimos.
- (15) ZANOBINI, Corso di Diritto amministrativo, 3ª ed., vol. 5ª, - Milano, 1959, págs. 10 y 11.
- (16) LAUBADERE, Traite élémentaire de Droit administratif, 2ª ed. Paris, 1957, pág. 519.

- (17) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 16.
- (18) VEDEL, Ob. cit., pág. 523.
- (19) Como recuerda entre nosotros VILLAR PALASI en un principio, cuando apareció el ius politiae comprendía este la totalidad de la gestión administrativa. VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 58.
- (20) Este ha sido puesto de manifiesto en forma terminante por FORSTHOFF del que son las palabras que transcribimos. "Se parte del supuesto de que la Administración y el individuo se hallan enfrentados como entes autónomos cuyas esferas jurídicas se interfieren en un asunto concreto ... hoy no existe este supuesto. El individuo no subsiste como ente autónomo frente a la Administración sino que depende de esta de múltiples maneras". FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 393.
- (21) Sobre este punto v. VILLAR PALASI, ob. y loc. cit.
- (22) V. en este sentido VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 546. No falta por otra parte quien haya negado recientemente la distinción. V. en este sentido PAPANICOLAIDIS, Introduction generale a la theorie de la police administrative, Librairie generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1960.
- (23) ALESSI, Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 527.
- (24) Así se desprende de las palabras de FLEINER, según el cual

la delimitación del concepto de policía respecto a la situación anterior al Estado de Derecho alcanzó su punto culminante en el "Allgemeines Preussische Landrecht" de 1794, que - circunscribía el concepto y límites de la policía con estas famosas palabras (parte II, título 17, párrafo 10): "Es función de la policía el tomar las medidas necesarias para mantener la tranquilidad pública, seguridad y orden, y para prevenir peligros inminentes al público o algunos de sus miembros". FLEINER, Instituciones de Derecho administrativo, trad. esp., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 311.

- (25) ROYO VILLANOVA, A. y S., Elementos de Derecho administrativo, 24ª ed., Valladolid, 1955, pág. 353.
- (26) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 140.
- (27) GARRIDO, Ob. cit., págs. 145-146.
- (28) RANELLETTI, La polizia di sicurezza in ORLANDO, Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, vol. IV, parte II, pág. 265.
- (29) GARRIDO, Ob. cit., pág. 140.
- (30) SANTI ROMANO, Principii di diritto amministrativo, Milano, - 1912, pág. 244.
- (31) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 547.
- (32) En este sentido se pronuncian SANTI ROMANO, Ob. y lec. cit., RANELLETTI, ob. y lec. cit., y GARRIDO, ob. y lec. cit.
- (33) ROYO VILLANOVA, A. y S., Elementos de Derecho administrativo, 24ª ed., Valladolid, 1955, pág. 265.

- (34) RANELLETTI, La polizia di sicurezza en ORLANDO, Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, vol. IV, parte II, pág. 265.
- (35) SANTI ROMANO, Principii di diritto amministrativo, Milano, - 1912, pág. 244.
- (36) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, II, 7ª ed., Madrid, 1959, pág. 49.
- (37) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 547.
- (38) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 140.
- (39) Valga por todas la definición de GARRIDO para quien es policía aquella actividad que la Administración despliega en el ejercicio de sus propias potestades que, para garantizar el mantenimiento del orden público, limita los derechos de los administrados mediante el ejercicio de la coacción sobre los mismos. GARRIDO, Ob. y loc. cit.
- (40) JORDANA DE POZAS, Ensayo sobre una teoría del fomento en el Derecho administrativo, Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas, I, Madrid, 1961, pág. 479.
- (41) Esta, "fatalmente", según MOREAU interfería el desenvolvimiento de las acciones humanas. MOREAU, Droit administratif, Paris, 1909, pág. 386.
- (42) GARRIDO, ob. cit., pág. 159, y VEDEL, ob. cit., pág. 551.
- (43) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 3951.
- (44) MOREAU, Droit administratif, Paris, 1909, pág. 386.

- (45) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 546.
- (46) VEDEL, ob. y loc. cit.
- (47) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, II, Madrid, 1959, 7ª ed., págs. 701-702.
- (48) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, vol. 5ª, 3ª ed., Milano, 1959, págs. 411-412.
- (49) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 157, Buena prueba de ello es la regulación del art. 2ª de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, que considera contrario al orden público la alteración de la regularidad de los precios prevaliéndose abusivamente de las circunstancias.
- (50) MONCADA, Significado y técnica jurídica de la policía administrativa, Revista de Administración Pública, nº 29, Madrid, - 1959, pág. 60.
- (51) GARRIDO, Ob. cit., pág. 143.
- (52) GARRIDO, Ob. cit., pág. 144, en nota 11.
- (53) A estos tres términos propone VEDEL que se una la moralidad, aceptada como tal por el Consejo de Estado en su arrêt de 29 de enero de 1937. VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, - págs. 545-546.
- (54) GARRIDO, Ob. cit., pág. 145.
- (55) GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 118.
- (56) RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, citado por VILLAR PALASI, Poder de policía y justiprecio. El problema de

la tasa de mercado, Revista de Administración Pública, nº 16, pág. 41.

(57) GARRIDO, Ob. cit., pág. 119.

(58) GARRIDO, Ob. cit., pág. 145.

(59) De acuerdo con lo que decimos epina MONCADA que con el criterio predominante del orden público como origen de una manifestación de policía quedan sin explicación la mayor parte de los controles y limitaciones que la Administración señala actualmente a la actividad de los particulares en atención al interés general. Y cita como ejemplos la autorización para establecer una industria y las medidas en materia forestal. MONCADA, Significado y técnica jurídica de la policía administrativa, Revista de Administración Pública, nº 29, Madrid, 1959 pág. 58.

(60) GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 131.

(61) V. Infra el epígrafe: Nuestra posición respecto a las formas de actividad.

(62) GARRIDO, Ob. cit., pág. 118.

(63) VILLAR PALASI, Poder de policía y justiprecio. El problema de la tasa de mercado, Revista de Administración Pública, nº 16, 1955, Madrid, pág. 42.

(64) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 281.

(65) V. Infra el epígrafe: Nuestra posición respecto a las formas de actividad.

- (66) Contra esto podría afirmarse con palabras de LAUBADERE cargadas de razón que en el ejercicio de la actividad de policía se utilizan actos unilaterales de naturaleza diversa - (reglamentos, ordenes e prohibiciones) que no tienen en todo caso una naturaleza especial; no hay actos de policía en el sentido que hay actos reglamentarios e contractuales. - Ahora bien, nosotros no pretendemos afirmar en modo alguno que haya actos de policía en el sentido a que se refiere - LAUBADERE sino que nos estamos refiriendo, al hablar del criterio de la técnica a la forma coactiva o persuasiva de la actividad administrativa. LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 520.
- (67) Seguimos en este punto la caracterización operada por GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 281.
- (68) GARRIDO, Ob. cit., pág. 171.
- (69) GARRIDO, Ob. cit., pág. 174.
- (70) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 398.
- (71) GARRIDO, Ob. cit., págs. 169 y sigs. Son medidas de coacción pero aplicables especialmente a la policía administrativa - en su vieja acepción, ya que, como es sabido, GARRIDO incluye dentro de la coacción, junto a la policía, las prestaciones obligatorias de los particulares a la Administración.
- (72) VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1959, págs. 545-546.
- (73) En cuanto al segundo punto seguimos al exponerlo al parecer



-       -

de GARRIDO según el cual el concepto de autorización, junto a su aplicación en el campo de las relaciones policia - les ..., constituye una de las piezas fundamentales para comprender el sistema de controles de las autoridades administrativas superiores sobre las inferiores. GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 402-403.

- (74) V. en este punto MONCADA, Significado y técnica jurídica de la policía administrativa, Revista de Administración Pública nº 28, 1959, págs. 111 y sigs.
- (75) V. O. O. de 21 de marzo y 11 de junio de 1951, 28 de noviembre de 1952, y 24 de febrero y 8 de octubre de 1953.
- (76) V. O.O. de 27 de enero de 1950, 2 de febrero de 1952, y 8 de enero de 1954.
- (77) V.O. de 21 de febrero de 1953.
- (78) ZANOBINI, Sulla'amministrazione pubblica del diritto privato, Corso de diritto amministrativo, vol. 5ª, 3ª ed., Milano, 1959, págs. 297 y sigs.
- (79) V. Der privatrechtsgestaltende Staatsakte, Leipzig, 1930, y KROEBER, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes, Stuttgart, 1931.
- (80) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2ª ed., I, Tübingen, 1953, pág. 77.
- (81) HUBER, Ob. cit., pág. 78.
- (82) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 692.

- (83) Ha sido especialmente estudiada esta relación por la doctrina italiana. V. TREVES, Gli atti amministrativi di rapporti fra privati, Rivista trimestrale di diritto pubblico, abril-junio de 1954, págs. 314 y sigs.; y FRANCHINI, Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra privati, Milano, 1957.
- (84) GARRIDO, Régimen de impugnación de los actos administrativos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 132.
- (85) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2ª ed., 1961, pág. 376.
- (86) GARRIDO, Ob. y loci cit., en nota 30.
- (87) V. no obstante RIPERT, Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de f. geny, II, pág. 325; y DURAND, Le rôle des agents de l'autorité publique dans la formation du contrat, Revue trimestrale de Droit civil, 1948, pág. 172.
- (88) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2ª ed., I, Tübingen, - 1953, pág. 79.
- (89) Con nuestra opinión, FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 692. En relación con el problema que plantea la regulación de la O.M. de 24 de febrero de 1953 a que nos referimos en el texto habrá que entender por tanto que la anulación de la autorización no implica la de los contratos celebrados con terceros al amparo de la misma, ya que se trata de una relación jurídica distinta.

- (90) FORSTHOFF, Ob. y lec. cit.
- (91) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Institute - de Estudios Políticos, Madrid, 1959, pág. 280.
- (92) VILLAR PALASI, La actividad industrial de la Administración en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública nº 3, Madrid, 1950, pág. 60.
- (93) GARRIDO, Ob. cit., pág. 284.
- (94) V. Infra la crítica que se hace a la teoría de GUAITA.
- (95) A pesar de que el fomento trata de ayudar simplemente a la - iniciativa privada y el servicio público de efectuar presta- ciones, afirma VEDEL que la ayuda del Estado a las empresas privadas hace derivar esta actividad hacia el servicio público. VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 16.
- (96) MARTIN RETORTILLO, L., La configuración jurídica de la Admi- nistración pública y el concepto de "Deseinsverserge", Revis- ta de Administración Pública, nº 38, Madrid, 1962, págs. 59.
- (97) Nos hemos referido líneas más arriba al hecho de que, habien- do sustituido el fomento a la policía como concepto que en - glebaba toda la actividad administrativa, se había llevado - a cabo recientemente una confusión, efectuándose un plantea- miento anticuado del mismo. Nos referíamos entonces al que - hace GUAITA para quien es fomento la actividad del Estado - que atiende directa e inmediatamente al perfeccionamiento, - progreso y bienestar de la sociedad, la Administración cuya meta consiste en la elevación del nivel espiritual, moral y material del país. No resulta difícil advertir que en este -

concepto omnicomprensivo cabe incluir toda la actividad de la Administración y, si se nos apura un poco, del Estado. GUAITA emplea aquí el término fomento en el sentido en que lo empleaba JAVIER DE BURGOS, este es, significando el fin mismo de la actividad administrativa, la obra a realizar - por la Administración empleando las diversas técnicas conocidas. El mismo GUAITA confiesa esto cuando dice que a esta actividad en el siglo XVIII se le solía llamar policía. Por otra parte al concepto de GUAITA no hay que asignarle un gran valor ya que él mismo se refiere a la falta de rigor que le preside cuando dice textualmente que "llegar a mayores precisiones en este finium regunderum me parece - más difícil que necesario". GUAITA, Derecho administrativo especial, II, Zaragoza, 1962, pág. 10.

- (98) JORDANA DE POZAS, Ensayo de una teoría del fomento en el - Derecho administrativo, Estudios en homenaje al Profesor - Jordana de Pozas, I, Madrid, 1961, pág. 483.
- (99) GARRIDO, Ob. cit., pág. 282.
- (100) No creemos necesario insistir después de lo dicho en la indeterminación del concepto. Pero este fenómeno se da en un grado tal que, incluso al señalarlo, incurre la doctrina en graves desorientaciones. Así VILLAR PALASI dice que "quizás fuera más fructífero a los efectos de la sistemática - jurídica de lo administrativo, insertar la administración - de fomento en el cuadro general de la Administración indirecta del Estado y específicamente con la colaboración pri-

vada en los fines administrativos". Suponemos que VILLAR emplea aquí la expresión "Administración indirecta del Estado" con un sentido distinto al que se le da en la doctrina española. Y por otra parte estimamos que la actividad de fomento difícilmente puede ser clasificada junto a la colaboración privada en los fines administrativos ya que en el caso del fomento el fin del particular tiene una importancia relevante y la Administración se limita a protegerlo o promoverlo. VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950, pág. 60, en nota.

- (101) VILLAR PALASI, Las técnicas de fomento y apoyo al precio político, Revista de Administración Pública, nº 14, Madrid, - 1954, págs. 37 y sigs.
- (102) VILLAR PALASI, Ob. cit., págs. 40 y sigs.
- (103) HAURIOU, Précis de Droit administratif, 11ª ed., Paris, 1927, pág. 276.
- (104) VILLAR PALASI, Ob. cit., pág. 85. V. también la bibliografía sobre el tema que allí se indica.
- (105) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 286.
- (106) GARCIA DE ENTERRIA, Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág. 152.
- (107) GARRIDO, Ob. cit., pág. 304.
- (108) JORDANA DE POZAS, Ensayo sobre una teoría del fomento en el

Derecho administrativo, Estudios en homenaje al Profesor Jordana de Pozas, I, Madrid, 1961, pág. 483.

- (109) VILLAR PALASI, Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político, Revista de Administración Pública, nº 14, Madrid, 1954, pág. 58.
- (110) VILLAR PALASI, Ob. cit., pág. 63.
- (111) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 588.
- (112) JORDANA DE POZAS, Ob. cit., pág. 485.
- (113) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 288.
- (114) GARRIDO, Ob. cit., págs. 228 y sigs.
- (115) Mediante el servicio público o mediante la actividad estatal de prestación se viene a romper por tanto, el esquema del anterior Estado asistencialista. GARRIDO, Ob. cit., pág. 306.
- (116) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad., esp. - Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 478.
- (117) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 537.
- (118) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, págs. 562-563.
- (119) A propósito de esto observa GARRIDO, comentando la definición de JORDANA, que la cuestión relativa a saber cuando se dan - razones de interés público (que imponen a la Administración la necesidad de montar un servicio público) es más política que jurídica por lo que su apreciación está condicionada a - las ideas vigentes en un período determinado. GARRIDO, Ob. - cit., págs. 317-318.

- (120) FORSTHOFF, Ob. cit., en el cap. la Administración como sujeto de prestaciones, págs. 473 y sigs.
- (121) ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo, vol. 5º, 3ª ed., Milano, 1959, pág. 344.
- (122) ALESSI, Sistema istituzionale di diritto amministrativo italiano, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 407.
- (123) ALESSI, Ob. cit., pág. 410.
- (124) ALESSI, Ob. cit., pág. 407.
- (125) Tampoco es unánime la doctrina en cuanto a la aceptación de que los servicios públicos tengan por objeto llevar a cabo prestaciones, ya que LAUBADERE discrepa expresamente de esta postura basándose en que según él:
- 1ª.- Las actividades privadas de la Administración abastecen también de prestaciones.
- 2ª.- Los servicios públicos a veces, no llevan a cabo prestaciones en sentido estricto. LAUBADERE, Traité élémentaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 537.
- (126) Para el desarrollo del presente epígrafe nos atenemos a lo expuesto por GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 309 y sigs.
- (127) En este sentido GARCIA DE ENTERRIA, La actividad industrial y mercantil de los municipios, Revista de Administración Pública, nº 17, Madrid, 1955, pág. 94, con amplias referencias sobre la cuestión.
- (128) GARCIA DE ENTERRIA, Ob. cit., pág. 121.

- (129) GARCIA DE ENTERRIA, Ob. cit., pág. 127.
- (130) Seguimos adhiriéndonos a lo ya elaborado por GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 314 y sigs.
- (131) GARCIA DE ENTERRIA, Ob. cit., pág. 121.
- (132) PUGET, Rapport general sur l'administration en matiere economique au IX Congres International de Sciences administratives (Estambul, septiembre de 1953), La revue administrative, septiembre-octubre, 1953, pág. 535.
- (133) Así por ejemplo, GARCIA TREVIJANO afirma que la actividad económica es institucionalmente privada, ejercitándola el Estado en un segundo momento y que por el hecho de esta asunción no puede desnaturalizarse ... La actividad económica queda, por tanto, encuadrada dentro de la actividad privada, con todas las consecuencias derivadas de ello. GARCIA TREVIJANO, Aspectes de la Administración económica, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág. 32.
- (134) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., - Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 189.
- (135) DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, 1950, pág. 260.
- (136) PUGET, Ob. cit., pág. 533.
- (137) RIVERO, Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 157.
- (138) CONNOIS, La notion d'établissement public en Droit adminis-



tratif française, Paris, 1959, pág. 189.

(139) CONNOIS, Ob. cit., pág. 190.

(140) LESCUYER, Le contrôle d'Etat sur les entreprises nationalisées, Nouveau tirage, Paris, 1962, pág. 52.

(141) LESCUYER, Ob. cit., pág. 53.

(142) DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, 1950, pág. 66.

(143) DRAGO, Ob. cit., pág. 76.

(144) DRAGO, Ob. cit., pág. 25.

(145) RIVERO, Ob. cit., pág. 157.

(146) DRAGO, Ob. cit., pág. 26.

(147) CONNOIS, La notion d'établissement public en Droit administratif française, Paris, 1959, pág. 206.

(148) CONNOIS, Ob. cit., pág. 208.

(149) LESCUYER, Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées, Nouveau tirage, Paris, 1962, pág. 53.

(150) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 471.

(151) DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, 1950, pág. 47 y sigs.

(152) VEDEL, Ob. cit., págs. 480 y sigs.

(153) DRAGO, Ob. cit., pág. 84.

(154) VEDEL, Ob. cit., pág. 461.

(155) VEDEL, Ob. cit., pág. 480.

(156) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 5ª ed., Paris, 1957, pág. 559.

(157) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 464.

- (158) DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, 1950, pág. 72.
- (159) CONNOIS, La notion d'établissement public en Droit administratif français, Paris, 1959, pág. 206.
- (160) LAUBADERE, Traité élémentaire de Droit administratif, 5ª ed., Paris, 1957, pág. 464.
- (161) PUGET, Rapport general sur l'administration en matiere économique, au IX Congres International de Sciences administratives (Estambul, septiembre de 1953), La Revue Administrative, septiembre-octubre de 1953, pág. 533.
- (162) LAUBADERE, Ob. cit., pág. 560.
- (163) En efecto, según DRAGO, el establecimiento público de naturaleza intervencionista es un servicio público industrial o comercial. DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, 1950, pág. 85.
- (164) Así por ejemplo GARCIA TREVIJANO define al servicio público económico como el conjunto de prestaciones de carácter económico ejercitadas regular y continuamente en el momento de su prestación, por parte al menos del gester, y realizadas por la Administración directa e indirecta, asumidas monopolísticamente en virtud de una ley, y que satisfacen una utilidad general. GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, Revista de Administración Pública, nº 12, - 1953, pág. 23.
- (165) Debe recordarse aquí, respecto a la doctrina alemana, que recién surgidos estos servicios industriales se incluyeron

en la llamada en la época Administración social, destacada lúcidamente por VON STEIN. V. en este sentido GARCIA DE EN TERRIA, La actividad industrial y mercantil de los municipios, Revista de Administración Pública, nº 17, Madrid, - 1955, pág. 93.

- (166) DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public en - Droit administratif français, Paris, 1950, pág. 85.
- (167) CHAVANON, Essai sur la notion et le regime juridique du service public industriel et commercial, Burdeos, 1939, pág. 154.
- (168) CONNOIS, La notion d'établissement public en Droit administratif français, Paris, 1959, págs. 201 y 206.
- (169) En este sentido las sentencias del Tribunal de Conflictos - de 22 de enero de 1921 y 27 de noviembre de 1953, y los - arrêts del Consejo de Estado de 23 de diciembre de 1921 y 9 de febrero de 1934, cits. por DRAGO, Les crises de la notion d'établissement public en Droit administratif français, Paris, 1950, pág. 76.
- (170) Así VEDEL afirma que funcionan en condiciones análogas a - las de Derecho privado (VEDEL, Droit administratif français, Paris, 1959, pág. 565) y en otro lugar (Ob. cit., pág. 567) que ciertas reglas (del servicio público) están profundamente modificadas en razón al carácter industrial y comercial. Así por ejemplo dentro de la competencia, las relaciones - con el personal y las relaciones con los usuarios; y para LAUBADERE, según el arrêt del Consejo de Estado de 23 de di

ciembre de 1921, dos notas caracterizan a los servicios públicos industriales o comerciales: 1ª. Su género de actividad debe ser industrial o comercial; 2ª. Deben actuar en condiciones similares a las empresas privadas. LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 5ª ed., Paris, - 1957, pág. 593.

- (171) VEDEL, Ob. cit., pág. 567.
- (172) LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 5ª ed., Paris, 1957, pág. 560.
- (173) LAUBADERE, ob. cit., pág. 542.
- (174) LAUBADERE, Ob. cit., y loc. cit., El subrayado es nuestro.
- (175) LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 5ª ed., Paris, 1957, pág. 593.
- (176) VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1959, pág. 565.
- (177) LAUBADERE, Ob. cit., pág. 543.
- (178) VEDEL, Ob. cit., pág. 566.
- (179) LAUBADERE, Ob. cit., pág. 594.
- (180) Nos referimos sólo a la nacionalización. V. en torno a la municipalización, GARCIA DE ENTERRIA, La actividad industrial y mercantil de los municipios, *Revista de Administración Pública*, nº 17, Madrid, 1955, págs. 87 y sigs.
- (181) Precisamente respecto a esto ha puesto de manifiesto GARCIA DE ENTERRIA que una gestión industrial y mercantil queda con sagrada con normalidad y que este tipo de gestión puede extenderse tanto a los servicios público como a la que él llama gestión económica. GARCIA DE ENTERRIA, Ob. cit., pág. 125.

- (182) Este fenómeno de asunción parcial por el Estado de los medios de producción ha sido considerado por LESCUYER como una medida inseparable de la planificación. Suponemos que se refiere a la planificación flexible e inductiva. Sin llegar a compartir esta opinión estimamos nosotros que el fenómeno es un síntoma relevante de la importancia que alcanza en nuestros días la Administración económica. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Nouveau tirage, Paris, 1962, pág. 70.
- (183) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 328.
- (184) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, cit., pág. 329.
- (185) GARRIDO, Ob. y loc. cit.
- (186) LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Nouveau tirage, Paris, 1962, pág. 41.
- (187) RIVERO, *Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif français*, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 153.
- (188) DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public en Droit administratif français*, Paris, 1950, pág. 206.
- (189) LAUBADERE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 5<sup>e</sup> ed., Paris 1957, pág. 595.
- (190) CONNOIS, *La notion d'établissement public en Droit administratif français*, Paris, 1959, pág. 190.
- (191) RIVERO, *Le regime des entreprises nationalisées et l'évolu-*

tion de Droit administratif français, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle serie, Recueil Sirey, Paris, 1952, pág. 153 y sigs.

- (192) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 319.
- (193) No siendo nuestro propósito investigar aquí qué papel deba desempeñar el concepto de servicio público, no tenemos inconveniente en aceptar la idea de GARRIDO, según el cual, junto a la coacción y el fomento existe una actividad de - prestación, dirigida a proporcionar utilidad a los particulares, que viene impuesta por razones de interés público. Pero notese bien que ya se está hablando de prestación y no de servicio público. GARRIDO, Ob. cit., pág. 317.
- (194) GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, - Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 155.
- (195) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 475.
- (196) FORSTHOFF, Ob. cit., pág. 477.
- (197) GARRIDO, Ob. cit., págs. 324 y sigs.
- (198) GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica, - Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág. 28.
- (199) Hablando concretamente de la policía se ha dicho por VILLAR PALASI que la idea de finalidad no puede servir para definir la, una vez concretado su alcance. VILLAR PALASI, Poder de policía y justo precio. El problema de la tasa de mercado, -

Revista de Administración Pública, nº 16, Madrid, 1955, -  
pág. 42.

- (200) GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo, -  
Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 118.
- (201) Así por ejemplo, refiriéndonos a la policía, veremos que no  
todas las medidas que tengan por fin el mantenimiento del -  
orden público serán medidas de policía, pero lo que resulta  
evidente es que no lo serán aquellas que no tengan esta fi-  
nalidad. Hacemos abstracción de la indeterminación del con-  
cepto de orden público a la que nos hemos referido más arri-  
ba.
- (202) V. en este sentido VILLAR PALASI, Ob. cit., págs. 41 y 44.
- (203) ENTRENA CUESTA, Apuntes de Derecho administrativo, 1958-59,  
Madrid, pág. 142.
- (204) VILLAR PALASI, Las técnicas administrativas de fomento y apo-  
yo al precio político, Revista de Administración Pública, nº  
14, Madrid, 1954, pág. 58.
- (205) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de  
Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 281.
- (206) VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el De-  
recho administrativo, Revista de Administración Pública, nº  
3, Madrid, 1950, pág. 61.
- (207) VILLAR PALASI, Administración y Planificación, Ed. Cultura -  
Hispanica, Madrid, 1952, pág. 150.
- (208) GARCIA DE ENTERRIA, La actividad industrial y mercantil de -  
los municipios, Revista de Administración Pública, nº 17, Ma

drid, 1955, pág. 87 y sigs.

- (209) Bien es verdad que luego afirma que este aserto no tiene -  
validez cuando se aplica al Estado. Suponemos se refiere -  
con esto a que, tratándose del Estado, todos los servicios  
se prestan en régimen de monopolio. GARCIA DE ENTERRIA, Ob.  
cit., pág. 118.
- (210) V. GARRIDO, Las transformaciones del régimen administrativo,  
Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, pág. 140; y  
Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estu -  
dios Políticos, Madrid, 1961, pág. 319 y sigs.
- (211) GARRIDO, Ob. y loc. cit.
- (212) GARRIDO, Ob. cit., pág. 343.
- (213) VILLAR PALASI, La actividad industrial del Estado en el De -  
recho administrativo, Revista de Administración Pública, nº  
3, Madrid, págs. 78 y sigs.
- (214) GARCIA TREVIJANO, Aspectos de la Administración económica,  
Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953, pág.  
66.
- (215) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto -  
de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 349-350.
- (216) GARRIDO, Administración indirecta y descentralización fun -  
cional, Instituto de Estudios de la Vida Local, Madrid, 1950,  
págs. 76 y sigs.
- (217) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., -  
Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 632.
- (218) GARRIDO, Ob. cit., pág. 151, y Tratado de Derecho adminis-



trativo, II; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961,  
pág. 350 en nota 17.

- - -

**II. LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA DE  
CONTROL DE DIVISAS.**

## II. LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA DE CONTROL DE DIVISAS.

### S U M A R I O

#### CAPITULO UNICO

##### NATURALEZA JURIDICA

- 1) El control de cambios.
  - A) Idea genérica acerca del mismo.
  - B) Razones históricas de su aparición.
  - C) Su importancia en la actuación de la Administración en la economía.
- 2) Divisas.
  - A) Concepto de divisas.
  - B) El Derecho de divisas y su encuadramiento en el llamado Derecho de la economía.
- 3) Actividad de la Administración española en materia de control de divisas.
  - A) Carácter transitorio de la regulación actual.
  - B) Los diferentes enfoques del problema.
    - a) La actividad administrativa de Derecho privado.
    - b) La actividad jurídico-administrativa de Derecho público.

Notas.

## II. LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION EN MATERIA DE CONTROL DE DIVISAS.

### CAPITULO UNICO

#### NATURALEZA JURIDICA

Al comenzar el estudio del Instituto Español de Moneda Extranjera hemos de investigar en primer lugar cual sea la naturaleza jurídica de su actividad. Ahora bien, teniendo en cuenta que este organismo es el que controla los cambios y lleva a cabo la administración de divisas, parece obligado exponer en primer lugar, si - quiera sea someramente, ambos conceptos, a los que vamos a referirnos constantemente durante todo el resto de la presente tesis.

##### 1) El control de cambios.

En el desarrollo del presente epígrafe nos veremos forzados - a impartar conceptos económicos que, por pertenecer a otras disciplinas, rebasan los puntos de vista jurídico-administrativos. Pretendemos sólo exponer ideas generales que nos sirvan de valores entendidos.

##### A) Idea genérica acerca del mismo.

Desde un punto de vista general podemos considerar el control de cambios como el conjunto de medidas que reemplazan el mercado - libre de moneda extranjera por regulaciones discriminatorias (1).

Tratemos de explicar esta definición más detalladamente.

El primer punto que debemos considerar es el carácter de ese conjunto de medidas. Entre nosotros las considera CASES (2) como normas excepcionales y de emergencia dictadas con carácter transitorio. Pero la realidad cotidiana nos demuestra lo incierto de esta afirmación. Efectivamente, no falta en España quien refiriéndose a estas materias, distinga unas medidas excepcionales, que son siempre o casi siempre consecuencia de la guerra, y otra situación no tan excepcional que perdura después o que no tiene a la guerra por causa (3). A ella vamos a referirnos ahora.

Una segunda puntualización debe afectar al contenido de esas medidas. Según KINDERBERGER (4) el control de cambios consiste - en mantener fijo el precio de las divisas y racionar las disponibilidades entre la demanda. De aquí podemos deducir de una parte la estrecha relación existente entre control de cambios y régimen de divisas, y de otra el carácter esencial del racionamiento, hecho en el que insiste especialmente el autor citado (5).

Por último hemos de referirnos también a las "regulaciones - discriminatorias" que emplea HALM como último elemento de su definición. Los sistemas de control de cambios discriminan unas veces las divisas, otras las mercancías, otras ambas cosas, pero en todo caso discriminan (6). Esto supone que una vez establecida el control deja de existir la libertad individual o en cuanto a las monedas extranjeras que se puedan manejar, o en cuanto a las mercancías que se puedan adquirir en el extranjero, o en cuanto a ambas

casos a la vez. En todo caso significa una disminución de la libertad del administrado.

Esta intervención puede responder, según DE MIGUEL (7) a necesidades financieras, a necesidades comerciales, o simplemente a evitar una serie de actividades especulativas que se estiman perjudiciales para la comunidad. Ahora bien ¿de qué forma se lleva a cabo la intervención en cualquiera de los tres casos? El mismo DE MIGUEL afirma (8) que pueden tomarse medidas destinadas a reducir la demanda y a aumentar la oferta del cambio exterior, o bien pueden intervenir directamente las autoridades monetarias. Este último sistema es el que nos interesa aquí por responder a la situación española y haberse mostrado la doctrina tradicionalmente afecta a él, según se demostró por primera vez en el dictamen de la Comisión del Patron oro, en cuya redacción tuvo una parte muy importante Flores de Lemus (9).

En este caso se plantean, según HALM (10), cuatro cuestiones:

- 1º.- Que cantidad va a destinarse a las diferentes finalidades.
- 2º.- Como va a distribuirse la moneda destinada a importaciones entre las diferentes mercancías.
- 3º.- Como va a racionarse la moneda entre las diferentes empresas.
- 4º.- Como va a distribuirse la suma total entre los diferentes países.

A estos problemas hay que añadir otros: ¿quien interviene y -

qué problema administrativo plantea la intervención? Esta cuestión, menos interesante para los economistas, es la verdaderamente relevante desde el punto de vista administrativo, y a ella vamos a intentar responder en el resto de la presente tesis.

Pero continuemos refiriéndonos antes a otras cuestiones importantes acerca del control de cambios.

#### B) Razones históricas de su aparición.

En definitiva la aparición del control de cambios es una típica manifestación de la intervención del Estado en la economía - que corresponde al momento en el cual es necesario intervenir para remediar los síntomas de la crisis que amenaza, eliminando en un sector concreto el libre juego de la oferta y la demanda. Y - naturalmente esta situación se da en mucho mayor grado en los países de economía débil.

En efecto, la intervención en los cambios puede interpretarse como un claro síntoma de debilidad. En cuanto a esto nos dice CASES (11) que cuanto más potente es una nación más flexible es - su legislación monetaria porque su economía no necesita del control de cambios. Esto no significa sin embargo que los países fuertes no atraviesen por situaciones difíciles para su economía, sino simplemente que esta es de la solidez suficiente para resistirlas (12).

Las situaciones difíciles para la economía de los diferentes países que dan lugar a la adopción de medidas interventoras en el

cambio obedecen en primer lugar a las guerras. Pero sería erróneo pensar que esta es la única causa, porque, junto a la situación de excepción para toda la vida de un país que la guerra supone, existen otras dentro del marco definido de la economía - que hacen que continuen en vigor las medidas interventoras una vez terminado el conflicto bélico, o que producen la aparición del control independientemente de él (13).

Naturalmente en la aparición de la intervención en los cambios jugarán factores diversos según los diferentes aspectos que hay que considerar en ella. Así por ejemplo en Argentina jugó de una forma inmediata y directa como factor determinante en la adopción de la intervención (octubre de 1931) la difícil situación - financiera que atravesaba el país (14). Sin embargo lo que suele actuar como factor primordial y directo es la necesidad de equilibrar la balanza de pagos (15). Y este motivo primario lleva consigo otros secundarios no menos interesantes. Así se hace necesario mantener el precio de la moneda extranjera por debajo del que alcanzaría en un mercado libre (16) y para ello es necesario establecer limitaciones de una u otra clase a la demanda de divisas - (17). Estas medidas, que pueden plantearse como objetivos a cumplir al mismo tiempo que como causas, provocarán una serie de consecuencias en la economía a las que nos referiremos después.

Parece obligado mencionar aquí la primera ocasión en que se considera necesario implantar en España el control de cambios, sin perjuicio de volver a referirse a él más extensamente en el me-



mento oportuno. Este control tuvo su origen según TAMAMES (18) en el discurso de presentación del presupuesto a las Cortes para los años 1929-30 en el cual Calvo Sotelo planteó la necesidad de restablecer el patrón oro como se había hecho recientemente en Inglaterra. Para ello, por Real Orden de 9 de enero de 1929, se designó una comisión, que presidió Don Antonio Flores de Lemus, con objeto de que informase al respecto. La comisión recomendó al Gobierno en el dictamen elevado una política de intervención en el cambio que había de completarse con la intervención del nivel de precios. En el dictamen se subrayaba la diferencia de la intervención que se proponía con la efectuada transitoriamente durante 1928 - (19). Ni que decir tiene que la intervención que se proponía obedecía a las dificultades financieras del momento y que, posteriormente, han operado una serie de circunstancias y motivos de índole muy diversa hasta llegar a la situación actual.

La intervención española en los cambios no es como pudiera pensarse, un caso aislado que obedezca a características peculiares. Por el contrario en 1959 afirmaba FRIEDMAN (20) que más de sesenta países, excluyendo los comunistas, tienen controles de una u otra forma. Y ni siquiera los numerosos organismos internacionales que desenvuelven su actividad en estos campos han conseguido acabar totalmente con el control de cambios. Así el Código de la Liberación dice en su artículo 17: "Las medidas de liberación de transacciones no implican la abolición de los dispositivos de control existentes en los países miembros ..." (21). Y el Fondo Monetario Internacional autorizó las restricciones tratándo

se de una moneda calificada de escasa (22). Además todos los miembros del Fondo están autorizados por el Convenio para mantener - las restricciones durante un llamado "período transitorio de post guerra" (23). Según THIFFIN doce años después de terminar la guerra todos los miembros del Fondo, menos diez, seguían sometidos - al régimen transitorio postbélico (24).

C) Su importancia en la actuación de la Administración en la economía.

Resulta evidente teniendo en cuenta la importancia de la política monetaria, que no es en realidad causa sino fin de toda la - economía (25) y considerando el destacado papel que juega la intervención del cambio en la política monetaria de los diversos países. Ahora bien, no sólo tiene importancia en la economía sino también en la intervención en ella en cuanto que supone reemplazar el libre juego de la oferta y la demanda por un racionamiento de la - distribución de los recursos nacionales (26) con el fin de equilibrar las importaciones y las exportaciones a un tipo de cambio - (27). Vemos por tanto que supone una restricción de la libertad - individual en el ámbito del comercio exterior. Y no sólo en este. Porque en realidad el tipo de cambio es un precio que no sólo condiciona un mercado concreto ... Condiciona absolutamente todos - los mercados que se relacionan de una y otra forma con otros países (28).

A pesar de las ventajas incidentales que pueda llevar consigo

el control (ocultación de la inflación, manejo como instrumento de política comercial) (29), lleva consigo también graves peligros - que la doctrina enumera. Así se ha señalado que el control de cambios es algo con lo que no se puede jugar sin comprometer seriamente la prosperidad económica de un pueblo (30), ya que puede llegar se a una verdadera banearreta (31). Y en todo caso existen los peligros de discriminación y burocratización (32).

Por otra parte esto se agrava a causa de la serie de consecuencias que lleva consigo, pues conduce a implantar una serie de restricciones que normalmente se concretan en un sistema de licencias de exportación; y, una vez implantadas los controles tienden a multiplicarse en una especie de reacción en cadena (33). La cosa además no se queda aquí pues la existencia de controles en un país puede ser causa de que otros países les impongán (34), y hay que tener en cuenta lo fácil que resulta esto ya que el proteccionismo es uno de los móviles de la implantación del control de cambios; por otra parte los países que desean el desarrollo económico son los que más necesitan de estas medidas (35).

Las reacciones en cadena que provoca el control de cambios no terminan aquí todavía, ya que, siendo, según LEWIS (36), la inadecuación del manejo de los cambios uno de los principales inconvenientes del sistema del laissez-faire, se hace preciso intervenirle. Pero por otra parte sólo mediante un sistema general de intervención estatal en la economía pueden ser evitados los inconvenientes más graves de la sobrevaluación del tipo de cambio que el control

lleva siempre consigo (37). Como puede verse esto justifica la -  
desconfianza hacia el control que demuestran los partidarios incondi-  
cionales del liberalismo económico (38).

A través de las consideraciones que anteceden creemos haber  
demostrado que el control supone una notable invasión de la liber-  
tad individual. Esto plantea ya una serie de problemas jurídico -  
administrativos que se ven agravados porque los motivos del con-  
trol de cambios no cuentan a menudo con el mismo atractivo emocio-  
nal, patriótico, o de otra índole para observar la ley, que tienen  
otras restricciones gubernamentales, por lo que cualquier adminis-  
tración del control de cambios se encontrará constantemente enga-  
ñada por el pueblo, que se ingenia para burlar el control conside-  
rando la violación como un juego de ingenio en el que sólo los ton-  
tes obedecen las reglas del juego (39). Teniendo en cuenta que no  
se pueden pasar nunca por alto las posibilidades de corrupción ve-  
mos como, hasta en las mejores circunstancias, es esencial en es-  
tos casos un alto grado de organización (40). Esto es tanto como -  
decir que a los problemas arriba señalados se añaden otros referen-  
tes a la organización administrativa.

## 2) Divisas.

Junto al control de cambios que acabamos de examinar, es preci-  
so que dediquemos también nuestra atención al concepto de divisas  
al que tendremos que referirnos con frecuencia. Lo expondremos muy  
brevemente siguiendo a la doctrina alemana que es la que lo ha es-  
tudiado con más detenimiento y con una consideración especial, qui-

zās a consecuencia de la voluminosa legislación positiva de su país, procedente además de fuentes muy diversas (41).

A) Concepto de divisas (42).

Etimológicamente la palabra "divisas" proviene del baje la - tin medieval y se quería significar con ella documento de pago a la vista (de viso). Sin embargo, como en tantos otros casos, aquí tampoco resulta excesivamente útil la etimología, ya que la palabra ha variado de significado y la investigación semántica nos daría sólo una remota idea del concepto.

Con la doctrina alemana podemos distinguir un concepto material y otro formal de las divisas. A su vez dentro del concepto material tendríamos que distinguir medios de pago, metales preciosos, y otros. Entre los medios de pago habría que enumerar moneda, billetes de banco y otras formas de dinero papel, cheques, y órdenes de pago. Entre los metales preciosos hay que contar el oro, la plata, y el platino, que tienen valor reconocido en las transacciones internacionales. Por último, y ya en un sentido más amplio hay que considerar como divisas aquellos bienes a través de cuyo manejo puede conseguirse la entrada o salida del país de medios de pago en valores extranjeros.

Formalmente en cambio, y, siguiendo siempre la exposición de KÜGNE, sólo puede emplearse el concepto de divisas para designar las formas de pago en valores extranjeros contra deudores que tienen su domicilio o sus negocios en el interior (43).

Ahora bien, aceptemos o no estas definiciones, lo cierto es que el concepto ha adquirido tal importancia que se ha llegado a hablar de un nuevo Derecho dedicado sólo a su estudio.

B) El Derecho de divisas y su encuadramiento en el llamado - Derecho de la economía.

Como Derecho de divisas se entiende por la doctrina en un sentido muy amplio el conjunto de normas que regulan el tráfico inter estatal de capital y dinero, sobre bases contractuales del Estado, bases jurídica-públicas o jurídica-privadas, para custodiar el valor del dinero de un país o sus intereses económicos o jurídicos en el extranjero(44). No resulta difícil advertir que este Derecho comprende normas de Derecho civil, penal, procedimental, y administrativo (45).

Respecto a la cuestión de donde ha de encuadrarse el Derecho de divisas dentro de la ciencia jurídica, domina generalmente la opinión de que se trata de Derecho público. Se presenta como Derecho administrativo, pero junto a normas jurídica-administrativas coexisten en él normas jurídica-privadas y jurídica-internacionales (46). Como puede verse no se puede tomar muy al pie de la letra la presentación de este Derecho de divisas como una nueva rama jurídica. Tanto valdría hablar, como se hace a veces en la literatura jurídica-administrativa, de Derecho de minas, montes, etc. Pero, al menos en estos casos, se contempla el objeto de estudio sólo desde una perspectiva, la jurídica-administrativa, mientras -

en el que nos ocupa se estudian las divisas desde diferentes prismas jurídicos.

En esto corre el Derecho de divisas la misma suerte que el - llamado Derecho de la economía del que se considera un capítulo. - Así HUBER lo incluye como un capítulo más en su monumental - - - Wirtschaftsverwaltungsrecht, estudiando al tratar de las divisas - las autorizaciones para el tráfico de las mismas y su reparto y - control (47). Según hemos dicho más arriba (48) hay que rechazar la existencia de este Derecho de la economía, híbrido entre el Derecho público y el privado; pero por otra parte también es cierto que nos parecen aprovechables en el campo del Derecho administrativo las investigaciones que versen exclusivamente sobre normas - jurídico-administrativas. Pero la dificultad radica precisamente - en esto: en llevar a cabo las distinciones necesarias entre las situaciones regidas por normas jurídico-privadas o jurídico-públicas, y averiguar cual es en definitiva la naturaleza jurídica de la actividad de control de cambios y de la Administración de divisas. - Abordaremos inmediatamente esta cuestión refiriéndonos concretamente a la situación española y nos adentraremos con ella en el examen del principal problema de los que se plantean en este capítulo.

3) Actividad de la Administración española en materia de control de divisas.

Examinados los conceptos previos anteriores debemos entrar ya en el estudio del tema del epígrafe. No obstante, nos parece oportuno advertir desde ahora que intentamos enfocar el presente estu-

dio no tanto desde el punto de vista de la actividad genéricamente considerada, cuanto desde el de la Institución que la lleva a cabo. Este organismo es, en España, el Instituto Español de Moneda Extranjera que pretendemos estudiar, según el preámbulo de su Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 es "el organismo encargado de la administración de divisas". Por otra parte el artículo 7º de la misma Ley regula su competencia de modo más detallado, deduciéndose del mismo que se entiende aquí el concepto de divisas en un sentido amplio (49). Y además, según el artículo 8, se le atribuyen cuantas funciones correspondían al extinguido Comité de Moneda Extranjera, al que le estaba atribuido, según el artículo 3º de la Orden de 15 de junio de 1938 "la centralización del Comercio de divisas en España".

Hagamos no obstante un rápido bosquejo de esta actividad después de la Guerra Civil. Liquidada la situación de emergencia que había supuesto la guerra, durante la cual se encomendó la administración de divisas al Comité de Moneda Extranjera (50) (que dependía del Ministro de Hacienda y del Jefe del Servicio Nacional de Banca, Moneda y Cambio) (51), la adscripción del Instituto Español de Moneda Extranjera al Ministerio de Industria y Comercio, y después de 1951 al de Comercio, supuso que la Administración de las divisas y el control de los cambios se convertían en "un simple instrumento de la política comercial" (52). Ahora bien, durante una serie de años, era el Instituto el único organismo que estaba facultado para llevar a cabo la compra-venta de divisas, hasta la aparición del llamado mercado "libre" de divisas de Madrid, por Decreto de 21



de agosto de 1950 y de Barcelona y Bilbao por Decreto de 5 de noviembre de 1954; no obstante lo cual las facultades del Instituto seguían siendo amplísimas. Durante toda esta época, y hasta la actualidad, las actividades del Instituto han seguido de cerca - las directrices de política monetaria del Gobierno, interviniendo en la autorización de importaciones y exportaciones concedidas por los organismos competentes (53), y viendo variar de significado y volumen sus tareas al pasarse de las cuentas especiales a los cambios múltiples y de éstos al período de estabilización a partir del Decreto-ley de 21 de julio de 1959. Este supone un importante paso en orden a la liberalización de nuestra economía, pero no la desaparición de la intervención del Instituto Español de Moneda Extranjera que, además de otra serie de aspectos, sigue existiendo de pleno derecho para las divisas no admitidas a libre cotización (54).

A) Carácter transitorio de la regulación actual (55).

Es necesario advertir que si bien la intervención como tal existe en España desde hace muchos años y responde por tanto a una tradición legislativa no sucede lo mismo con la atribución al órgano interviniente actual, este es el Instituto Español de Moneda Extranjera.

Así vemos que en 1930, cuando la administración de divisas estaba encomendada al entonces existente Centro Regulador de Operaciones de Cambios, este funcionaba dentro del Banco de España. Era pues al Banco a quien se le tenía encomendada la administración de divisas, situación consagrada legalmente por el Real Decreto de 31 de

agosto de dicho año. De acuerdo con esta situación se promulgó - la Ley de 26 de noviembre de 1931 que reformaba la Ley de Ordenación Bancaria, texto refundido de 24 de enero de 1927, adicionando a su artículo 1º un párrafo según el cual: "Incumbirá al Banco (de España) la regulación del cambio sobre el extranjero desde la fecha en que el Gobierno, legalmente autorizado, decretara el régimen legal del patrón oro" ((56)). Esta Ley supone la adopción de una postura extrema respecto al problema ya que, en aquel momento, la Administración de divisas estaba encomendada al Banco que la - llevaba a cabo a través de la dirección ejercida sobre el Centro - Oficial de Contratación de Moneda (57). Se entendía pues que los - problemas inherentes a la administración de divisas y al control - de cambios pertenecían a la esfera de actuación del Banco, que la existencia del Centro respondía a una situación excepcional, y que una vez desaparecida estas cuestiones caían de lleno en el ámbito de la actuación del Banco que debía actuar directamente.

La atribución a la Banca o al menos la conexión indirecta con la misma se mantuvo durante la Guerra Civil ya que el Comité de Moneda Extranjera dependía del Jefe del Servicio Nacional de Banca, Moneda y Cambio (58). Esta situación se liquida con la creación del Instituto Español de Moneda Extranjera que deja de relacionarse con el Ministerio de Hacienda y con la Banca.

A pesar de ello nuestros textos legislativos en materia de Ordenación Bancaria no renunciaron a considerar eventual dicha situación. Así la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946

contempla la posibilidad de que se le encomiende al Banco de España la regulación del cambio exterior (59). Esta no es, por otra parte, la única ocasión en que nuestros textos legales se refieren al Instituto Español de Moneda Extranjera como una Institución transitoria (60).

A la vista de esta legislación podría pensarse que nos encontramos ante una situación novediza y que las funciones del Instituto pueden traspasarse al Banco en cualquier momento. Hay que reconocer que no faltan precedentes en Derecho comparado (61), y que al realizarse este traspaso todas las cuestiones de política monetaria, interna y externa, estarían reguladas de un modo más homogéneo que el actual. Pero por otra parte, si observamos la situación y consideramos el tiempo que lleva existiendo el Instituto, nos sentiremos inclinados a considerar que la "provisionalidad" de su existencia es una "provisionalidad" definitiva. Desde este punto de vista habría que enfocar la declaración del apartado g) de la base segunda del artículo 1º de la Ley de Bases de Ordenación Bancaria de 14 de abril de 1962, según el cual la administración de divisas debe traspasarse al Banco de España. Por otra parte el mismo texto adopta respecto a este problema una actitud marcadamente prudente que corrobora nuestra opinión; la cual encuentra además apoyo directo en el carácter de Ley de Bases del texto indicado y en la lentitud que predica el artículo 2º respecto al desarrollo del mismo.

#### B) Los diferentes enfoques del problema.

Al tratar de dilucidar cual sea en definitiva la naturaleza -

jurídica de la actividad de la Administración en materia de control de divisas importa mucho poner de manifiesto que prácticamente puede identificarse esta con la actividad del Instituto Español de Moneda Extranjera. Esta afirmación, que avalan las citas legales interiores, prejuzga en cierto sentido una serie de importantes cuestiones a las que nos referiremos después. Es por este por lo que en el apartado anterior hemos hecho un especial hincapié en la regulación actual de la materia. Nos toca ahora enfrentarnos con el problema que supone la delimitación de la naturaleza jurídica de la actividad del Instituto.

Para ello juzgamos imprescindible partir del punto de vista previo de la sujeción de la Administración a la política en cuanto que es la Administración quien ejecuta las decisiones que se toman a nivel político. La afirmación de ROYO VILLANOVA (62) según el cual nada de lo que afecta a las cuestiones públicas es ajeno a la política es aplicable aquí a sensu contrario de una forma especialmente importante. Pues es indudablemente cierto que la Administración económica, y dentro de ella la de divisas, está fuertemente condicionada por los motivos políticos que impulsan al Gobierno a intervenir, sustituyendo por una ordenación estatal el libre juego de la oferta y la demanda. Concretamente, refiriéndose a España, hemos subrayado ya como la adscripción del Instituto Español de Moneda Extranjera al Ministerio de Industria y Comercio, y a partir de 1951 al de Comercio, suponía que la administración de divisas y el control de cambios se convertían en un simple instrumento de la política comercial (63).

Ahora bien, la afirmación de que el Instituto Español de Moneda Extranjera es el organismo encargado de realizar la política del Gobierno en lo referente a divisas en cuanto instrumento de la política comercial y monetaria, no prejuzga, como es sabido, - el régimen jurídico a que se encuentre sometida la actividad de - la Administración en esta materia. Trataremos de demostrar que esta actividad se lleva a cabo a través de actos sometidos al Derecho privado y de verdadera actividad jurídico-administrativa. Este doble enfoque nos orienta ya hacia el punto de vista de que la Administración económica, y concretamente la monetaria está presidida, en la realización de las tareas que le están encomendadas, por un criterio de flexibilidad.

a) La actividad administrativa de Derecho privado.

Veamos en primer lugar que junto a la actividad jurídico-administrativa propiamente dicha que examinaremos después, desenvuelve el Instituto Español de Moneda Extranjera una actuación en materia de administración de divisas que ha de considerarse como actividad administrativa de Derecho privado.

Respecto al criterio de delimitación nos adherimos a la postura de GARRIDO (64), según el cual es la ausencia del empleo de la prerrogativa de poder público lo que nos sirve para caracterizar - la existencia de una actividad administrativa de Derecho privado. El Derecho privado deberá aplicarse en la medida en que los actos realizados por las personas administrativas se asemejen a los que realicen las personas privadas. Veamos si esta situación se da en

la actuación administrativa en materia de divisas. Para ello bastará citar algunos casos en los cuales el Institute no actúe como poder público. En realidad no es difícil encontrarlos ya que la misma Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 enumeraba entre las funciones del Institute las siguientes:

b) Comprar y vender oro, plata, y títulos españoles e extranjeros cotizados en el mercado internacional.

.....

d) Abrir cuentas en moneda extranjera.

e) Tomar a préstamo divisas y conceder créditos en moneda extranjera (65).

Y por otra parte el Decreto de 24 de noviembre de 1939 que aprobó los Estatutos del Institute Español de Moneda Extranjera decía textualmente que "funcionará al uso o estilo bancario". De todo esto habrá que deducir que el Institute posee una capacidad de Derecho privado aunque en la Ley y en los Estatutos se hable sólo genéricamente de personalidad jurídica (66). Con esto corroboramos por otra parte los puntos de vista de la doctrina para quien la capacidad de Derecho privado debe serle atribuida a las Entidades Autónomas (67) por su Ley fundacional (68). Sólo que en este caso habrá que entender que el Institute no está capacitado más que para llevar a cabo los negocios jurídico-privados que taxativamente se enumeran.

d) La actividad jurídico-administrativa de Derecho público.

Por último es preciso poner de manifiesto que en materia de -

administración de divisas se lleva a cabo también una actividad - jurídica-administrativa. Del estudio de ella vamos a ocuparnos durante el resto de la presente tesis de tal modo que cada uno de los apartados y epígrafes de los capítulos siguientes serán otras tantas pruebas de la existencia de esta actividad.

Sin embargo nos interesa precisar la existencia de esta actuación ahora y aquí precisamente, para señalar cual es el criterio - que vamos a utilizar en orden a la delimitación respecto a la actividad jurídica-privada. Como en tantos otros casos nos adherimos una vez más al punto de vista expresado por GARRIDO (69) según el cual estaremos en presencia de una actividad jurídica-pública cuando la Administración entre en la relación jurídica como poder público. Utilizaremos por tanto el criterio de la prerrogativa.

Una vez hecha esta puntualización y a pesar de que los restantes capítulos probarán suficientemente esto queremos aducir aquí - por vía de ejemplo algunos casos en los que la Administración actúa como poder público. Entre ellos merecen citarse la autorización que otorga para llevar a cabo operaciones de divisas (70), la intervención en las autorizaciones de importación y exportación (71), y la autorización que otorgaba para disponer libremente de las divisas (72) y para la compra de las mismas (73); facultades otorgadas al Instituto por legislación que todavía se mantiene parcialmente vigente. Sin embargo, donde puede apreciarse más claramente esto es en la obligación de declarar las divisas al Instituto, establecida por la Ley de 4 de mayo de 1948 (74) y el Decreto de 5 de abril de

1957. El Decreto-ley de Ordenación Económica no modifica totalmente esta situación puesto que es el Institute quien señala las divisas admitidas a libre cotización en el mercado (75) subsistiendo para las restantes el régimen anterior (76).

Vemos por tanto que en materia de administración de divisas existe una actividad jurídica-privada (la Administración actúa como lo haría un particular), y una actividad jurídica-pública (la Administración actúa como poder público). Entremos ahora en el examen de esta última, examinando en primer lugar el problema de las fuentes legales. Esto nos dará ocasión de demostrar como, en las cuestiones referentes a divisas, la Administración ordena y ejerce la potestad reglamentaria.-



N O T A S

- (1) HALM, Economía del dinero y de la Banca, Bosch, Barcelona, - 1959, pág. 611.
- (2) CASES, El régimen de control de cambios, en, Las inversiones de capital extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios, I, Madrid, 1960, pág. 231.
- (3) DE MIGUEL, Comercio y divisas, Aguilar, Madrid, 1952, pág. - 219.
- (4) KINDLERBERGER, Economía internacional, trad. esp., Aguilar, Madrid, 1957, pág. 58.
- (5) Ob. cit., pág. 75.
- (6) KINDLERBERGER, Ob. cit., pág. 76.
- (7) DE MIGUEL, Comercio y divisas, Aguilar, Madrid, 1952, pág. 224.
- (8) Ob. cit., pág. 219.
- (9) Dictamen de la Comisión del Patron Oro, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960, págs. 53 y sigs.
- (10) HALM, Economía del dinero y de la banca, Bosch, Barcelona, - 1949, pág. 613.
- (11) CASES, El régimen de control de cambios, en, Las inversiones de capital extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios, I, Madrid, 1960, pág. 227.
- (12) FRIEDMAN, El control de cambios, Centro de Estudios Monetarios Latino-americanos, Mexico, 1959, pág. 43.
- (13) DE MIGUEL, Comercio y divisas, Aguilar, Madrid, 1952, pág. 219.

- (14) BEVERAGGI ALLENDE, W. ;., El servicio del capital extranjero y el control de cambios, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1954, pág. 158.
- (15) FREDMAN, El control de cambios, Centro de Estudios Monetarios Latino-americanos, México, 1959, pág. 41.
- (16) HALM, Economía del dinero y de la banca, Bosch, Barcelona, 1959, pág. 611.
- (17) FRIEDMAN, Ob. y loc. cit.
- (18) TANAMES, Estructura económica de España, Madrid, 1960, pág. 487.
- (19) Dictamen de la Comisión del Patronero, Información Comercial Española, febrero de 1960, pág. 53 y sigs.
- (20) FRIEDMAN, El control de cambios, Centro de Estudios Monetarios Latino-americanos, México, 1959, pág. 33.
- (21) Citamos según la edición de la OECE de julio de 1960.
- (22) TRIFFIN, El caso monetario, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1961, pág. 108.
- (23) TRIFFIN, Ob. y loc. cit.
- (24) TRIFFIN, Ob. cit., pág. 122.
- (25) CASES, El régimen de control de cambios en, Las inversiones de capital extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960, pág. 227.
- (26) DE MIGUEL, Comercio y divisas, Aguilar, Madrid, 1952, pág. 221.
- (27) KINDLERBERGER, Economía Internacional, Aguilar, Madrid, 1957, pág. 77.
- (28) Cuatro políticos ante el tipo de cambio, Información Comer -

- cial Española, Madrid, febrero de 1960, pág. 85.
- (29) HALM, Economía del dinero y de la banca, Bosch, Barcelona, - 1959, págs. 616-617.
- (30) Cuatro políticos ante el tipo de cambio, citado. pág. 86.
- (31) DE MIGUEL, Comercio y divisas, Aguilar, Madrid, 1952, pág. - 221.
- (32) HALM, Economía del dinero y de la banca, Bosch, Barcelona, - 1959, pág. 616.
- (33) HALM, Ob. cit., pág. 613.
- (34) FRIEDMAN, El control de cambios, Centro de Estudios Latino-americanos, Mexico, 1959, pág. 49.
- (35) FRIEDMAN, Ob. cit., págs. 50-51.
- (36) LEWIS, La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1957, págs. 14 y 15.
- (37) Cuatro políticos ante el tipo de cambio, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960, pág. 102.
- (38) HAYEK, Camino de servidumbre, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1950, pág. 96 en nota.
- (39) FRIEDMAN, El control de cambios, Centro de Estudios Monetarios Latino-americanos, Mexico, 1959, págs. 53 y 54.
- (40) FRIEDMAN, Ob. cit., pág. 55.
- (41) V. La recopilación efectuada por WALDE, Devisenrecht, Mannheim, 1953.- Seguimos a la doctrina alemana, además de por las razones indicadas en el texto, por ser la que ofrece un concepto más amplio. Para un estudio más detallado. v. ASCARELLI, Oblighazioni pecuniarie, en Comentarios al Código civil italiano,

dirigidos por SCIALOJA y ERANCA, Bologna-Roma, 1961.

- (42) Le exponemos siguiendo a KÜHNE, Handbuch des Devisenrecht, Munich-Berlin, 1952, págs. 4 y 5, con el que se encuentra de acuerdo en lo esencial HOCKE, Devisenrecht, Hamburgo-Berlin-Bonn, 1954, pág. 1.
- (43) Junto a este debe citarse el concepto de divisas que daba el Decreto de 18 de enero de 1930 en España: "Por divisas se entiende billetes de banco, letras de cambio, cheques, haberes en bancos extranjeros, y cualquier otro documento de giro o de crédito sobre el extranjero".
- (44) LIEBRICH, Elemente des Devisenrecht, Basel studien zur Rechtswissenschaft, Basel, 1956, pág. 11.
- (45) HOCKE, Ob. cit., pág. 11.
- (46) LIEBRICH, Ob. cit., pág. 17.
- (47) HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, II, 2ª ed., Tübingen, - 1953, pág. 244.
- (48) V. supra parte I, cap. II.
- (49) Según dicho artículo corresponde al Institute:
- Centralizar la compra y venta de divisas.
  - Comprar y vender oro, plata, y títulos españoles o extranjeros cotizados en el mercado internacional.
  - Recibir depósitos de estas materias.
  - Abrir cuentas en moneda extranjera.
  - Tomar a préstamo divisas y conceder créditos en moneda extranjera.
  - Realizar las operaciones necesarias para llevar a cabo las

funciones anteriores.

- (50) V. para estas materias la parte IV, cap. I, el Instituto Español de Moneda Extranjera, Antecedentes.
- (51) V. en este sentido el artículo IV de la Orden de 15 de junio de 1938.
- (52) TAMAMES, Estructura económica de España, Madrid, 1960, pág. 492. Seguimos a TAMAMES para toda esta breve exposición.
- (53) V. respecto a este el Decreto de 24 de junio de 1941.
- (54) V. el párrafo 2º, del artículo 6º del Decreto-ley de 21 de julio de 1959.
- (55) Hemos abordado este problema en nuestro trabajo "Problemas jurídicos administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación Bancaria", publicado como avance de esta tesis en Revista de Administración Pública, nº 38, - Madrid, 1962, págs. 381 y sigs.
- (56) Aprovechamos la ocasión de rectificar aquí las fechas que aparecen en nuestra ob. cit., pág. 387, que son en realidad las que se expresa en el texto.
- (57) V. en este sentido los artículos 1º y 3º de la Real Orden de 6 de noviembre de 1930.
- (58) V. el artículo 4º de la Orden de 15 de junio de 1938.
- (59) V. el párrafo 2º de su artículo 23.
- (60) V. el artículo 1º de la Orden de 19 de febrero de 1951.
- (61) En Alemania por ejemplo se encarga de estas cuestiones el Banco de los Países Federados.
- (62) ROYO VILLANOVA, La administración y la política, Revista de -

Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953, pág. 27.

- (63) V. en este sentido TANAMES, Estructura económica de España, Madrid, 1960, pág. 492.
- (64) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 140.
- (65) Artículo 7º.
- (66) V. en este sentido el artículo 4º de la Ley de 25 de agosto de 1939 y el artículo 1º de 24 de noviembre del mismo año.
- (67) Más adelante estudiamos detalladamente la consideración del Instituto Español de Moneda Extranjera, como Entidad Autónoma.
- (68) En este sentido GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, Instituto de Estudios Políticos, 2ª ed., Madrid, 1961, pág. - 305.
- (69) GARRIDO, Ob. cit., pág. 141.
- (70) V. el artículo 5º del Decreto de 24 de noviembre de 1939.
- (71) V. el Decreto de 24 de junio de 1941.
- (72) V. los artículos 6 y 10 de la Ley de 4 de mayo de 1948.
- (73) V. artículo 4º del Decreto de 5 de abril de 1957.
- (74) V. artículos 1, 2, 3, 4, y 5.
- (75) V. artículos 6, párrafo 4.
- (76) V. artículo 6, párrafo, 2.

**III. FUENTES LEGALES DE LA MATERIA.**

### **III. FUENTES LEGALES DE LA MATERIA.**

#### **S U M A R I O**

#### **CAPITULO UNICO**

##### **1) Generalidades.**

A) Dificultades del estudio de la legislación española.

B) Los principales textos legales.

##### **2) Las fuentes escritas.**

###### **A) La ley.**

a) Calificación de las leyes españolas que regulan la administración de divisas.

a') Leyes que contienen normas de relación.

b') Leyes que contienen normas de organización y acción.

B) Disposiciones de rango inferior a la ley.

a) Generalidades.

b) La potestad reglamentaria en cuanto Organismo Autónomo.

a') Estatutos.

b') Reglamentos.

c) La potestad reglamentaria en cuanto órgano de la Administración.

##### **3) Las fuentes subsidiarias y las fuentes indirectas.**

A) Los principios generales del Derecho.

a) El problema teórico de los mismos.

a') Examen del artículo 6º del Código Civil.



b') Posturas doctrinales.

c') Valer de los principios generales en el Derecho administrativo.

b) El principio general de comercio intervenido.

a ') Puntos de vista generales.

b ') Evolución legislativa en la materia.

a'') Antes del Decreto-ley de 21 de julio de 1959.

b'') El Decreto-ley de 21 de julio de 1959 y las medidas posteriores.

B) Breve referencia a los tratados internacionales.

Notas.-

### III. FUENTES LEGALES DE LA MATERIA.

#### CAPITULO UNICO

##### 1) Generalidades.

Un estudio sobre cuestiones jurídico-administrativas debe -llevarse a cabo en España en la actualidad con la pretensión primordial de extraer principios generales de la legislación española. La afirmación resulta obvia en nuestro caso cuando, dentro del marco de la Administración económica, hemos elegido como objeto de estudio al Instituto Español de Moneda Extranjera, organismo administrador de las divisas al que tan poca atención había dedicado la doctrina.

Este tipo de investigación presenta un gran interés porque, al mismo tiempo que ayuda a comprender la realidad práctica con que se enfrenta la Administración todos los días en la rama de - que se trate, revela la existencia de peculiaridades y problemas que deben ser absorbidos por la Parte General. Y no pocas veces estos problemas se refieren a la misma teoría de las fuentes aunque en la mayor parte de los casos no afecten sino a las de más humilde rango. Al estudio de los problemas jurídicos generales de la administración de divisas se dedican los restantes capítulos de la presente tesis. Vamos a tratar de ofrecer ahora una panorámica general de la legislación española y a plantear e intentar re

resolver los problemas que se plantean ya en la misma teoría de las fuentes, comenzando por la primera de ambas cuestiones.

A) Dificultad del estudio de la legislación española.

Antes de dar una referencia de los principales textos legales que regulan la administración de divisas en España queremos hacer presente la dificultad que supone el estudio de los mismos. Pocas veces se advierte, aunque en numerosas ocasiones se hable de ello, hasta qué punto nuestra legislación jurídico-administrativa constituye una enmarañada selva donde, más que los grandes textos legislativos, son los materiales que forman las disposiciones de rango más humilde las que traban la libertad y otorgan garantías al administrado.

En el caso de la administración de divisas estas dificultades se agravan por una serie de razones que pasamos a exponer. En primer lugar hay que señalar la importancia de la materia en la vida diaria. Sobre el interés preponderante que tiene en nuestra época lo económico hay que añadir que no se trata en este caso de llevar a cabo medidas que puedan repercutir en la economía global del país, sino de la administración de la moneda misma y más concretamente de la moneda extranjera.

Esto nos explicará fácilmente que, a pesar de que la legislación sea sobre todo la emanada del Ministerio del cual depende el Instituto, también existan otra serie de disposiciones dictadas por otros organismos o departamentos, lo que contribuye notable-

mente a oscurecer el problema. Todo ello por no hablar de las frecuentes alusiones que hacen al Instituto Español de Moneda Extranjera nuestros más importantes textos jurídico-administrativos (1).

Otra dificultad que se presenta es la que supone la repercusión en esta materia de las fluctuaciones de la política económica. En ningún caso como en este se pone de manifiesto hasta donde llega la movilidad de las normas administrativas y hasta qué punto la Administración económica necesita y supone una gran flexibilidad de actuación. Como veremos la actuación del Instituto Español de Moneda Extranjera, administrador de las divisas, ha debido adaptarse constantemente a las fluctuaciones de la política comercial (y en general económica) española durante los últimos veintitres años.

Hemos de referirnos además a la dificultad que supone el hecho de que, junto a las normas que los Departamentos ministeriales u otros altos órganos dan sobre divisas, coexisten normas que da el mismo Instituto, que, como veremos, no siempre se reducen a meras normas internas. También en este ámbito puede hablarse no sólo de normas para el Instituto sino de normas del Instituto. Y a mayor abundamiento la coexistencia de todas estas normas plantea numerosos problemas de delimitación y de vigencia.

#### B) Los principales textos legales.

Prescindiendo, en esta rápida exposición y comentario, de los antecedentes (2) vamos a referirnos por ahora únicamente a los textos legales posteriores al 18 de julio de 1936.

Establecida al comienzo de la guerra la máxima intervención en materia de divisas (3) (como justificaba ampliamente la situación), la creación del Comité de Moneda Extranjera dejaba subsistente la obligación de entrega de las mismas puesto que fue creado para la administración de ellas (4). Sin embargo el Comité, que respondía a una situación de emergencia, era también un órgano de emergencia. Acabado el conflicto dejó paso a otro órgano, - ya permanente, mejor definido y delimitado: el Instituto Español de Moneda Extranjera.

Este fue creado por Ley de 25 de agosto de 1939, primer texto importante al que hemos de referirnos. La Ley contiene ya en germen buena parte de los problemas que hemos de examinar. Comienza su articulado atribuyendo al Ministerio de Industria y Comercio entonces existente (5) la competencia en el ramo de divisas (artículo 1º), para establecer inmediatamente las excepciones: exportación de metales preciosos atribuida al Consejo de Ministros, facultades de fiscalización (6) y fijación de divisas para monopolios fiscales atribuidas al Ministerio de Hacienda, y fijación de divisas necesarias para las obligaciones de otros Departamentos ministeriales (artículo 2º).

Tras declarar extinguido el Comité de Moneda Extranjera (artículo 3º), pasa a ocuparse del Instituto al que se califica de Entidad de Derecho público dotada de personalidad jurídica (artículo 4º). Inmediatamente se delimitan las funciones (artículo 7º) que a más de la genérica de administrar las divisas, comprenden también

varias de naturaleza jurídica-privada (7), y, según el artículo - 8º, cuantas correspondían al extinguido Comité de Moneda Extranjera (8). Además de ello se determina que el Instituto Español de Moneda Extranjera estará regido por un Consejo de Administración y un Director dándose también normas sobre composición del primero (artículos 9 y 10).

Tanta importancia como la Ley tiene, a efectos funcionales, el Decreto de 24 de noviembre de 1939, varias veces reformado (9), por el que se aprobaban los Estatutos del Instituto Español de Moneda Extranjera. En el Decreto se reitera el carácter de Entidad dotada de personalidad jurídica (artículo 1º), se enumeran detalladamente las funciones que realiza el Instituto consistentes la mayor parte de los casos en fijar los negocios jurídicos para los - cuales se precisa autorización (artículo 5º), y, extremo muy importante, se dice que el Instituto funcionará al uso e estilo bancario (artículo 7º).

Hasta ahora nos hemos referido a los textos legales que, en el régimen actual, constituyen el punto de partida de la evolución legislativa. El punto de llegada de la misma está constituido por el Decreto-ley de 21 de julio de 1959 de Ordenación Económica, llamado vulgarmente Plan de Estabilización. Este importante texto legal dedica a la administración de divisas su artículo 6º y establece en él un régimen de intervención parcial que deja subsistente - el fenómeno genérico aunque modificando sus características. Se - distingue entre las divisas no admitidas a libre cotización y las

admitidas, que serán señaladas por el Institute (artículos 6, 4). Para las primeras subsiste el régimen de cesión al Institute (artículo 6, 2). Para las segundas se establece la obligación (sic) de venderlas en el mercado libre (artículo 6, 1). Por otra parte las operaciones de divisas se llevarán a cabo por el Institute, - la Banca en quien "delegue", o las oficinas de cambio que se establezcan; y en todo caso de acuerdo con las normas que oportunamente dicte el Ministerio (artículo 6, 3), que fueron dadas por Orden Ministerial de 25 de agosto de 1959.

Pero entre ambas fechas, 25 de agosto de 1939 (creación del Institute Español de Moneda Extranjera), y 25 de agosto de 1959 - (normas llevando a cabo las medidas inherentes a la estabilización), han transcurrido exactamente veinte años de activa política económica de intervención en la economía, y de administración de divisas. Y durante ellos el Institute ha llevado a cabo su actividad y ha visto repercutir en ella las medidas tomadas en más altas esferas. Citemos como ejemplo la regulación del mercado libre de divisas de 1951 (10), el intento de unificación de cambios de 1957 (11), y la obligatoriedad de conocimiento por parte del Institute Español de Moneda Extranjera de los contratos celebrados por la Administración en materia de divisas (12). Junto a esto merecen citarse también, ya después de la estabilización, las normas referentes a convertibilidad de la peseta (13).

## 2) Las fuentes escritas.

Según GARRIDO FALLA (14) cuando se habla de la teoría de las

fuentes deben excluirse del estudio de la misma los actos que aparecen como resultado de la producción normativa; esto es, las diversas normas concretas que regulan la materia. Habiendo hecho ya en el apartado anterior un rápido bosquejo de la evolución legislativa en la materia, vamos a entrar ahora en el estudio de la teoría de las fuentes propiamente dicha. En el presente apartado examinaremos las fuentes directas primarias para ocuparnos en el próximo de las fuentes subsidiarias y las fuentes indirectas.

#### A) La Ley.

Nos ocupamos en primer lugar de la fuente escrita de mayor rango. esto es de la ley, porque nos parece interesante puntualizar algunos extremos en torno a aquellas disposiciones legales referentes a divisas.

Aclaremos ante todo que nos estamos refiriendo sólo a leyes ordinarias ya que nuestras leyes fundamentales no contienen ninguna alusión al comercio exterior ni a las divisas, ni siquiera en el último de los principios de la Ley de 17 de mayo de 1956 que, en buena parte, es un programa de gobierno. También queremos poner de manifiesto que, dada la idéntica fuerza normativa que tienen, no existe ningún inconveniente en equiparar los Decretos-leyes a las leyes a los efectos que inmediatamente se verán.

El primer problema que nos encontramos es el siguiente. Si bien la ley es fuente del Derecho administrativo no lo son por eso todas las leyes. Para GARRIDO (15) sólo son leyes administrativas



aquellas que cumplen los dos requisitos siguientes: 1<sup>a</sup>. Que sus preceptos tengan carácter imperativo; 2<sup>a</sup>. Que la ejecución de tal ley aparezca encomendada precisamente a un organismo dependiente de la Administración pública. Ambas notas se dan en las leyes españolas que regulan la materia de divisas ya que en ningún caso tienen sus normas un carácter puramente dispositivo y, por otra parte, la ejecución de las mismas está encomendada a un ente que es necesario considerar forzosamente como Administración pública; esto es, al Instituto Español de Moneda Extranjera.

Pero más que la cuestión anterior nos interesa la que se refiere a la clasificación de las leyes administrativas. Dentro de la doctrina española merecen citarse a nuestro entender las efectuadas por GASCON Y MARIN y GARRIDO FALLA. Distingue GASCON cuatro clases de leyes:

- 1.- Leyes orgánicas.
- 2.- Leyes de procedimiento.
- 3.- Leyes que contienen instituciones jurídicas precisas para la realización de los servicios públicos.
- 4.- Leyes administrativas por la materia sobre la que recaen (16).

Sin que neguemos por completo valor a esta clasificación descriptiva, nos parece más adecuada a la materia de que tratamos la efectuada por GARRIDO que distingue normas de relación y normas de organización y acción. Para GARRIDO son normas de relación las que delimitan las esferas jurídicas subjetivas de la Administración -

y de los particulares, y normas de organización y acción las que determinan la estructuración orgánica de la Administración pública y los fines, medios y formas de actuar, normas estas últimas dictadas siempre para tutela del interés público (17). En realidad, para GARRIDO, sólo serían verdaderas normas jurídicas las primeras aunque las segundas han llegado a serlo como resultado de un proceso de juridización de la Administración (18).

A estos efectos merece la pena constatar desde ahora que no existe ningún inconveniente para que dentro de una misma ley coexistan normas de relación y normas de organización y acción.

a) Calificación de las leyes españolas que regulan la administración de divisas.

Nos hemos referido al tema de la ley como fuente, y hemos hablado hasta ahora de la clasificación de las leyes administrativas, porque nos interesa poner de manifiesto que nuestra legislación sobre divisas constituye un todo armónico en el que se comprenden los tres aspectos, (relación, organización y acción) que GARRIDO señala. A consecuencia de este la administración de divisas cae de lleno dentro de la Administración económica según la definición de esta que hemos formulado más arriba.

Examinemos los diferentes casos:

a') Leyes que contienen normas de relación.

Un examen de las mismas nos servirá para tener una idea de

hasta donde llegan las esferas jurídicas de la Administración y de los particulares en materia de divisas.

La primera disposición a que hemos de referirnos en este apartado es el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 que establece para todas las personas físicas e jurídicas la obligación de ceder la moneda extranjera que les pertenezca; y no sólo de las divisas - sino incluso de los intereses que produjeron los títulos o valores extranjeros (19). Este Decreto-ley, del que se puede decir - que arranca la evolución legislativa que interesa a la situación actual en materia de divisas, representa el grado máximo de intervención; en virtud de él la esfera jurídica de los particulares se encuentra restringida hasta el máximo.

A continuación es preciso citar la misma Ley creadora del Instituto de 25 de agosto de 1939. Aunque en líneas generales no es - esta una ley que contenga normas de relación, no obstante habrá - que interpretar en este sentido algunos de sus preceptos; por ejemplo el apartado primero del artículo 7º que encomienda al Instituto la centralización de la compra-venta de divisas en España, ya que este supone la consagración de un Estado de hecho en virtud - del cual los particulares no podían efectuar por su cuenta ninguna compra-venta de divisas.

También resulta interesante referirse a la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre materia de seguros, cuyo artículo 14, g) prohibía a las entidades, tanto españolas como extranjeras, la contratación de seguros en moneda extranjera sin que mediara autorización expresa. Otra Ley que es necesario incluir en este apartado es la

de régimen jurídico de los Hidrocarburos de 26 de diciembre de 1958 que, en sus artículos 49 a 53, da normas sobre inversiones de divisas en España.

Más importancia que los textos anteriores tiene a nuestro entender el Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959 que delimita la esfera jurídica de los particulares en lo referente al régimen de divisas. Omitimos una referencia a su contenido porque ya nos hemos ocupado de él más arriba.

Por último, y en ejecución de las medidas estabilizadoras, se dictó el Decreto-ley de 27 de julio de 1959 que daba normas sobre el traslado de capitales a España (capitales en moneda extranjera), y se refería sólo a las divisas admitidas a cotización en el mercado.

Estas leyes y las disposiciones dictadas para su ejecución - dibujan ya la esfera jurídica de la Administración y, por tanto, la que resta a los particulares. A ellas hemos de referirnos con frecuencia de ahora en adelante.

b') Leyes que contienen normas de organización y acción.

Pero junto a las leyes anteriormente citadas existen otras a las que hace referencia el epígrafe, que completan el cuadro de la intervención económica en materia de divisas ya que esta intervención es ejercida precisamente por la Administración pública.

Entre estas leyes es preciso citar en primer lugar la propia Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 que encomienda la adminis-

tración de divisas al Instituto Español de Moneda Extranjera; esto es, a un ente que forma parte de la Administración pública. - Otras leyes posteriores, (a más de los Estatutos a las que no hacemos referencia aquí) irían perfilando y completando posteriormente la organización del Institute. Entre ellas es necesario citar la de 9 de noviembre de 1939 que lo hacía depender dentro del Ministerio de Industria y Comercio de la entonces existente Subsecretaría de Comercio y Política Arancelaria (20), reformada posteriormente por el Decreto-ley de 21 de febrero de 1947, según el cual, dependía "técnicamente" de la Subsecretaría de Economía Exterior, y después por el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952 que lo encuadraba en el Ministerio de Comercio.

A más de otras leyes menos importantes que sería ocioso enumerar aquí, merecen citarse también la de 31 de diciembre de 1941 que encomendaba al Institute el servicio de tesorería en el exterior, y el Decreto-ley de 4 de julio de 1958 que lo mencionaba como el organismo competente para relacionarse, por parte de España, con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo.

## B) Disposiciones de rango inferior a la ley.

### a) Generalidades.

Al enfrentarnos con el estudio del tema a que hace alusión el epígrafe excluimos de antemano el de aquellas disposiciones reglamentarias que, refiriéndose a divisas, emanan sin embargo de altos

órganos de la Administración distintos del Institute, a quien corresponde específicamente la materia. Rechazamos pues en este caso, a diferencia del referente a la ley, el estudio de las fuentes para el Institute y nos ceñimos exclusivamente a las fuentes del Institute, esto es, a las normas que emanan de él que son - las que plantean problemas importantes.

Y siendo necesario considerar al Institute Español de Moneda Extranjera como Organismo Autónomo ya que fue clasificado como tal por el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 14 de junio de - 1962 (21), será preciso que nos enfrentemos con el problema de la potestad reglamentaria de las Entidades Estatales Autónomas (22). Por otra parte, a la vista de los párrafos 1º y 3º de la Exposición de Motivos de la Ley de 26 de diciembre de 1958, los Organismos - Autónomos deben ser considerados también como órganos de la Administración del Estado, tema sobre el que volveremos posteriormente (23).

Se hace preciso por tanto que examinemos la potestad reglamentaria del Institute en cuanto Organismo Autónomo y en cuanto - órgano de la Administración del Estado.

b) La potestad reglamentaria en cuanto Organismo Autónomo.

Su estudio supone entrar en el examen de la potestad reglamentaria de las Entidades Estatales Autónomas. Al llegar a este punto nos encontramos ante una paradoja que se aprecia a simple vista: las Entidades Estatales Autónomas no son siempre autónomas en cuan

te que difícilmente podría predicarse la autonomía de los servicios sin personalidad y de las empresas nacionales que la Ley de 26 de diciembre de 1958 incluye dentro de su regulación. Sin embargo, para poder mantener con más fundamento esta afirmación se hace preciso que investiguemos más de cerca el concepto de autonomía.

Etimológicamente autonomía hace referencia a capacidad de los entes para dictar normas por sí mismos. Aun desde este punto de vista primario se aprecia que, para que las normas sean válidas frente a terceros, es preciso que se trate de un ente público (este es, revestido de la potestad de imperium), lo que lleva consigo el carácter jurídico-público de las normas que se dictan. En este sentido es preciso tomar la afirmación de GASCON Y MARIN (24) cuando dice que "las que dictan ciertos entes con carácter obligatorio ... constituyen normas de Derecho que entran en la esfera de público".

La doctrina alemana, que se ha ocupado del concepto en la acepción que nosotros le manejamos ahora (25), ha creado una notable confusión en torno al mismo, fácilmente explicable a la vista de lo que diremos inmediatamente. FORSTHOFF, que identifica autonomía y potestad reglamentaria (26) considera a la autonomía como la capacidad de crear preceptos obligatorios de Derecho objetivo (27). Sin embargo FLEINER, al hablar de la autonomía no se refiere más que a la de las entidades municipales (28). Posteriormente no obstante habla de los Estatutos de las entidades autónomas que

reglamentan deberes de los usuarios (29); y FORSTHOFF admite que también cabe pensar en las Instituciones y Fundaciones como titulares de Derecho estatutario (30).

Esta confusión aparece explicada a la luz de las palabras de FORSTHOFF según el cual las normas de Derecho objetivo producidas en virtud de la autonomía se llamaban Statut en las antiguas leyes alemanas, mientras que en la terminología reciente se llaman Satzung. En principio se limitan al sector de personas que caen bajo la competencia del ente pero pueden exceder de él (31). Como puede verse el origen de la confusión está en que la doctrina alemana no se ha planteado la diferencia existente entre las normas que las Instituciones y Fundaciones dan para regular su propia organización interna, que a veces pueden extenderse a los usuarios (Estatutos), y las normas que estos organismos dictan para regular las actividades de los particulares en el ámbito de su competencia (Reglamentos). Nosotros por nuestra parte vamos a tratar de dilucidar esta cuestión refiriéndonos el objeto de nuestras investigaciones al Instituto Español de Moneda Extranjera.

a') Estatutos.

Podemos considerar como estatutos, siguiendo la opinión de GARRIDO (32), el conjunto de normas que dictan las entidades públicas distintas del Estado para reglar su propia organización o para completarla en aquellas partes que no hayan sido reguladas por la ley estatal. Se trata de averiguar en nuestro caso si el Instituto Español de Moneda Extranjera posee esta potestad estatutaria.



taria; pero antes veamos que opina la doctrina de esta clase de potestad y como hemos de encuadrarla dentro del marco del Derecho positivo español vigente.

La referencia a las posturas doctrinales resulta interesante porque nos muestra a donde conduce la inexistencia de la distinción necesaria entre estatuto y reglamento. Esto resulta muy claro a la vista de la doctrina francesa. Así vemos que LAUBADERE habla de la potestad reglamentaria de los organismos encargados de una tarea económica o profesional (33) aunque posteriormente se refiere sólo a las facultades de las órdenes profesionales y no a las de los entes económicos (34); y VEDEL dice que tales entes no tienen poder reglamentario general respecto al público, pero que los jefes de dichos organismos tienen un poder de organización de sus servicios que se imponen a sus subordinados y, en ciertos casos, a los usuarios (35).

Como puede verse la doctrina francesa no se refiere al poder de dictar reglamentos de los establecimientos públicos, sino al poder de regular la organización interna, esto es, a los estatutos. Claro es que la organización de dichos entes, regulada en los estatutos, afectará a los particulares usuarios del servicio (si se trata de un servicio) en cuanto se pongan en contacto con el mismo y tengan que hacer gestiones ante él. Por otra parte, de las palabras de VEDEL anteriormente citadas se deduce claramente que, para él, la potestad de dictar estatutos es ejercida por el jefe del organismo, y la obligación de los subordinados de cumplirlas

es una consecuencia de la jerarquía inherente a la organización administrativa.

La doctrina alemana también se muestra inclinada a reconocer la potestad estatutaria a los llamados establecimientos públicos. Así FLEINER se refiere a los estatutos que reglamentan los deberes de los usuarios (36), y FORSTHOFF dice expresamente que las Instituciones y Fundaciones son titulares de Derecho estatutario (37). Claro es que respecto a estas afirmaciones habrá que tener presente la confusión de la doctrina alemana a que nos hemos referido más arriba.

Per último en la doctrina española GARRIDO, tras definir los estatutos en el sentido a que hemos aludido antes, afirma que debe reconocerse la potestad estatutaria a todos los entes de territoriales.

Puede deducirse de las posturas doctrinales antes expuestas que los estatutos emanan de los jefes de los organismos los cuales les dictan para organizar sus propios servicios. Los funcionarios de estos entes se encuentran obligados a obedecer lo dispuesto en los estatutos a consecuencia de la subordinación jerárquica, en tanto que los particulares no están obligados a ello más que cuando, en concepto de usuarios, se vean afectados por estas normas. Como puede verse los estatutos, a escala reglamentaria, pueden considerarse como el paralelo de las leyes de organización y acción. Hemos de resaltar además que la doctrina se muestra fave-

rable a la existencia de esta potestad estatutaria en manos de los establecimientos y entes institucionales y fundacionales.

Veamos ahora cual es la realidad de la regulación española - y como puede aplicarse esta al Instituto Español de Moneda Extranjera. Al llegar a este punto nos encontraremos con un hecho muy significativo. Ni las disposiciones peculiares del Instituto Español de Moneda Extranjera ni el Derecho común español de las Administraciones Autónomas hacen referencia a la potestad estatutaria. Examinemos los textos legales. Ni la Ley fundacional del Instituto Español de Moneda Extranjera de 25 de agosto de 1939, ni el Decreto de 24 de noviembre del mismo año que aprobaba los estatutos, hacen referencia alguna a la potestad estatutaria. Notese bien por el contrario que los Estatutos fueron aprobados por Decreto. Se hace necesario por tanto examinar la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 que es en España el Derecho común de dichas administraciones autónomas.

Now encontramos en primer lugar con que el artículo 5º de la Ley exceptúa de su aplicación al Instituto Español de Moneda Extranjera en cuanto a las operaciones técnicas que este tenga a su cargo. Creemos que esta excepción no debe preocuparnos demasiado - por ahora ya que la potestad estatutaria no puede incluirse entre las operaciones técnicas. Pero sigamos refiriéndonos al texto de la ley.

Un examen detallado de la misma nos demostrará que sólo hace

referencia a las facultades legislativas en sus artículos 76 y 77 al regular los recursos, pero no es este el supuesto que nos ocupa ya que las normas de organización no parece que hayan de ser impugnadas por los particulares. Por lo demás la ley no se refiere a legislación de las Entidades Autónomas más que en el párrafo 3º de la Exposición de Motivos, y, aun en este caso, no se habla de la legislación de los Organismos Autónomos sino de la legislación dictada para los mismos. Antes al contrario dice la Ley en su artículo 7º que los Organismos Autónomos no podrán realizar funciones que no les estén asignadas en sus disposiciones fundacionales o en las que en lo sucesivo se dicten para modificarlas.

Todo lo que se ha dicho hasta aquí hay que considerarlo partiendo del punto de vista de que nuestra Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas está pensando siempre, más que en la configuración jurídica del Organismo Autónomo, en la gestión financiera que este lleve a cabo. Pero esto no obsta para que la regulación de la ley nos fuerce a ser pesimistas.

¿Habrá que entender por tanto que los organismos autónomos no tendrán potestad estatutaria más que cuando esta les haya sido otorgada por sus disposiciones fundacionales y por tanto que el Instituto Español de Moneda Extranjera carece de ella? Ante esta pregunta se supone decididamente una respuesta negativa.

Para la afirmación anterior nos basamos en los argumentos siguientes: en primer lugar hemos de tener presente dos cosas: 1º)

Que el artículo 4º de la Ley de 25 de agosto de 1939 y el artículo 1º de 24 de noviembre del mismo año consideran al Instituto como una entidad de Derecho público dotada de personalidad jurídica. 2º) Que la potestad estatutaria no se agota en la aprobación inicial de unos estatutos (que en este caso han sido promulgados por Decreto) sino que se extiende a todos los casos de las normas que se dictan para regular la organización interna.

Hemos hecho estas observaciones porque nos van a ser inmediatamente útiles para fundamentar nuestra opinión sobre la potestad estatutaria. A nuestro entender el otorgamiento de personalidad jurídica a una entidad supone la creación de un Ordenamiento jurídico distinto del Estado mismo. En todo caso habrá de entenderse que desde el momento en que existe un ente distinto del Estado, este ente tiene capacidad para organizarse al margen del Derecho estatal aunque no contraviniéndolo, ya que la facultad de organizarse es inherente al status de las personas jurídicas de Derecho público. Pero es que además, el capítulo último del título I de la Ley del Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas se refiere a los funcionarios de los organismos autónomos y, es indudable que estos funcionarios están sometidos a una escala de subordinación jerárquica.

Luego siendo la potestad estatutaria un rasgo inherente a la existencia de personalidad jurídica distinta de la estatal, y poseyendo el Instituto Español de Moneda Extranjera esta personalidad cabe deducir de ello que el Instituto Español de Moneda Extran-

jera posee, como cualquier otro organismo autónomo la potestad estatutaria; tanto más cuanto que dicha potestad es una manifestación de la jerarquía administrativa y el personal de los organismos autónomos está integrado por funcionarios unidos entre sí por una relación de subordinación jerárquica.

b') Reglamentos.

Al estudiar el problema de los reglamentos emanados del Instituto nos movemos ya en un terreno más firme que el de la potestad estatutaria puesto que aquí se muestran conformes las posturas doctrinales y la realidad de nuestra legislación positiva.

En la doctrina española se muestran favorables de modo expreso al ejercicio de la potestad reglamentaria de los entes institucionales GARCIA OVIEDO y GARRIDO. El primero de ellos dice - terminantemente que las personas institucionales también gozan - según nuestras leyes de la potestad reglamentaria (38). GARRIDO en cambio piensa que para que las normas que dictan las entidades integradas en el Estado tengan eficacia de auténticas normas jurídicas y no se reduzcan a ser meras disposiciones internas o simples pactos colectivos resulta necesario que hayan sido asumidas por el Estado. La asunción resulta tanto cuando la ley estatal obliga a estos entes a dictar regulaciones como cuando les faculta a desarrollar su potestad reglamentaria en relación con determinadas materias (39). Poco después (40) añade refiriéndose a estos entes que la potestad de dictar reglamentos a terceros exige una específica consagración legal.

Hasta aquí la doctrina. Veamos ahora como trata esta materia la legislación española, y, específicamente, la del Instituto. Resulta bastante curioso en este punto un examen de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas pues podemos observar en ella tres hechos:

1.- Que los artículos 76 y 77 se refieren a actas y disposiciones de carácter general emanadas de los Organismos Autónomos.

2.- Que el artículo 7º dice que los Organismos Autónomos no podrán ejercer más funciones que las consagradas en sus disposiciones fundacionales y las que se dicten posteriormente sobre la materia.

3.- Que la ley atribuye competencia a la Presidencia del Gobierno y al Ministerio de Hacienda (Capítulo VIII del título I y disposición final 2ª) para dictar normas sobre el funcionamiento de estos entes pero no contiene ninguna limitación al ejercicio de una potestad reglamentaria por parte de los mismos.

De los hechos expuestos se deduce que para que exista potestad reglamentaria en los Organismos Autónomos es preciso que les esté atribuida expresamente. Pero se deduce también que la existencia de esta potestad no supone nada anormal ni extraordinario ya que la misma ley que constituye el Derecho común de las administraciones autónomas provee expresamente el ejercicio de la misma. En cuanto al tercero de los hechos citados hemos intentado -

destacarlo para poner de manifiesto la paradoja que supone que exista un control sobre normas que son "per-se" estatutarias - (gestión financiera y régimen jurídico de los funcionarios) y no exista en cambio sobre la potestad reglamentaria que ha de versar sobre derechos de los particulares.

Veamos ahora que sucede con la legislación del Institute. Ya nos hemos referido al hablar de la potestad estatutaria al silencio de la Ley fundacional y del Decreto de 24 de noviembre de 1939 respecto a esta materia. Nos encontramos sin embargo con que en la realidad de la vida diaria el Institute Español de Moneda Extranjera dicta a menudo una serie de normas reglamentarias con autorización de disposiciones de mayor rango legal que las emanadas de él. Vemos por tanto que se realiza en el Institute la exigencia de que la facultad de dictar normas reglamentarias le venga concedida por disposiciones legales. Y por otra parte se realiza también el punto de vista de GARRIDO de que el Derecho reglamentario ha de ejercerse de acuerdo con las normas del Derecho estatal (42), pues es claro que si se ejerce la potestad reglamentaria con autorización de las normas estatales no puede llevarse a cabo su ejercicio sino de acuerdo con dichas normas.

Pero con lo anterior no está dicho todo en esta materia. Es necesario hacer notar que dentro de la función específica del Organismo Autónomo es el Institute Español de Moneda Extranjera el que ejerce la facultad de delimitar, por medio de su legislación



específica, los derechos y deberes de los administrados en la materia. Podemos tomar por ejemplo el caso del Decreto de 15 de julio de 1961 sobre convertibilidad monetaria. Este Decreto establece en su artículo 1º que las personas jurídicas extranjeras y las personas físicas españolas o extranjeras podrán convertir los saldos en pesetas en dólares U.S.A. o en otras monedas convertibles. Pero para ello es necesario que estos saldos se originen según las normas que establezca el Institute que en virtud del artículo 2º está autorizado a dictarlas sobre la materia. Efectivamente fue el Institute el que llevó a cabo la reglamentación por Resolución de 19 de julio de 1961.

Podemos ver aquí como la verdadera potestad reglamentaria es la ejercida por el Institute. El Derecho del Estado no hace más que señalar unas directrices generales que el Institute desarrolla posteriormente. Esto sucede porque la descentralización funcional implica el traspaso en bloque de las competencias que tenía el Estado respecto a la materia, pues mal podría el Organismo Autónomo desarrollar sus funciones si no pudiera llevar a cabo la reglamentación de las cuestiones que se le han encomendado. Sin embargo esta afirmación no debe tomarse más que como hipótesis previa que ha de ser confirmada por los hechos.

Queda todavía un último punto sobre el que debemos pronunciarnos. Siendo los Organismos Autónomos al mismo tiempo órganos de la Administración del Estado ¿cómo se distinguen las normas que emiten en cuanto organismo y en cuanto órgano? Este problema ad-

quiere aún mayor interés si consideramos que los artículos 76 y 77 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas atribuyen al Ministro la facultad de resolver el recurso de alzada interpuesto contra los "actos y disposiciones de carácter general" de los Organismos Autónomos; lo que significa tanto como afirmar que, mirado el problema desde la perspectiva de los recursos gubernativos, es necesario preguntarse cuando actúa el Ministro en el ejercicio de la potestad jerárquica, o cuando ejerce simplemente la tutela que la ley le encomienda respecto al organismo en cuestión.

Para nosotros habrá que entender que, en el caso del Instituto cuyas normas no le autorizan a reglamentar directamente, estaremos en presencia de una potestad reglamentaria consecuencia de la autonomía cuando la legislación que emane del Instituto Español de Moneda Extranjera este autorizada por la ley o por decreto. Por el contrario habrá que entender que dicho organismo dicta normas como simple órgano de la Administración cuando:

- 1.- El decreto o la ley que reglamentan la materia autoricen al Ministerio y no al Instituto a dictar las normas.
- 2.- Cuando la disposición autorizante sea una orden del Ministerio de Comercio del que depende el Instituto.
- 3.- Cuando no medie ninguna clase de autorización.

e) La potestad reglamentaria en cuanto órgano de la Administración.

Con el exámen de esta pasamos a estudiar las medidas de orden interior, circulares, instrucciones, resoluciones, etc. (43) a través de las cuales dictan normas los organismos y autoridades inferiores al Ministro.

Para ello hemos de empezar diciendo que, según recuerda ROYO VILLANOVA en este punto no está nada clara nuestra terminología - legal (44) ya que nuestras leyes se refieren indistintamente a Instrucciones, Circulares, Resoluciones, etc. (45). Entre nosotros - piensa ORTIZ DIAZ que el término más general es el de medidas de - orden interior (46) siguiendo en este el parecer de la jurisprudencia francesa que no distingue entre instrucción y circular (47). - Aún teniendo en cuenta que la doctrina no está totalmente de acuerdo con las directrices de la jurisprudencia, ya que WALINE distingue entre instrucción (orden de carácter individual) y circular - (orden colectiva) (48), lo cierto es que no debe preocuparnos excesivamente la cuestión terminológica ya que el criterio de distinción entre reglamentos que tienen o no el carácter de decisiones ejecutivas no se refiere a la forma del acto o a su título sino al contenido y planteamiento (49). Y estos son precisamente los puntos que a nosotros nos interesan.

Para llegar a las conclusiones que tratamos de obtener hemos de partir del hecho inicial de que caben diversos planteamientos de las Circulares e Instrucciones. Como dice ORTIZ (50) las circulares pierden a veces su verdadero carácter, se desfiguran, y constituyen en manos de la Administración instrumentos mediales para -

ejercer y cumplir facultades y funciones administrativas. Veamos cuales son estas según la doctrina francesa que es la que más ha estudiado estos temas.

Para ello nos será útil un exámen de la postura de LAUBADERE (51) según el cual el planteamiento de las circulares e instrucciones es totalmente distinto según se consideren respecto a los funcionarios o a los administrados a quienes han de aplicarseles. Claro está que a nosotros no nos interesa la facultad de dictar instrucciones dirigidas a los funcionarios, reconocida en nuestro Derecho a los directores generales por el número 4 del artículo 16 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, tanto más cuanto que, de por sí, tales circulares carecen de fuerza obligatoria respecto a los ciudadanos (52) y tienen el carácter de puros actos interiores que normalmente no se publican (53). Nos interesa por el contrario la segunda situación, esto es, aquella en la que la circular tiene a los administrados por destinatarios.

Nos parece aplicable a este punto la afirmación de GARRIDO (54) según el cual el rango de la disposición no se refiere a su carácter general sino a la autoridad de que emana; una orden puede ser un Reglamento. Trasladando el problema a la esfera en que nos movemos puede afirmarse que la denominación no prejuzga nada y que una disposición de este tipo puede encubrir un verdadero reglamento. Ahora bien ¿cómo hemos de saber cuando lo encubre efectivamente?

En principio nos parece muy útil una referencia a la solución que se da en Francia a este problema. La doctrina distingue entre circulares reglamentarias e interpretativas (55); las primeras no tienen de circular más que el nombre. El arrêt "Notre - Dame de Kreisker" de 24 de enero de 1954, al que se refieren VEDÉL (56) y RIVERO (57) y entre nosotros ORTIZ (58), exige, para que las circulares sean ejecutivas, que tengan las tres características siguientes:

- 1.- Que el Ministro tome una decisión que sus subordinados deban ejecutar sin tener un poder de decisión propio.
- 2.- Que se añadan prescripciones nuevas.
- 3.- Que se impongan nuevas sujeciones o garantías a los administrados.

Y si bien es cierto que el Consejo de Estado no se ha manifestado siempre fiel a su propio criterio (59), también lo es que, no existiendo otro, parece muy razonable que nos atengamos a este, tanto más cuanto que es lógico que se tenga por circular reglamentaria a aquella que mediante prescripciones nuevas impone obligaciones nuevas o concede nuevas garantías a los administrados.

Resueltas las cuestiones anteriores parece que podemos pasar ya a ocuparnos de la situación jurídica-positiva española. Refiriéndose a ella dice GARRIDO que "en ocasiones, bajo tal denominación (Instrucción o Circular) se encubren auténticos reglamentos que, por delegación, incluso tienen a limitar derechos y obliga -

ciones de los particulares" (60). Nos interesa destacar que si se contienen reglamentos en las circulares es siempre por delegación.

Esto es lo que se deduce de nuestras leyes. El artículo 14, 3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado atribuye a los Ministros la competencia de "ejercer la potestad reglamentaria en las materias propias del Departamento". Poniendo en conexión este artículo con el artículo 4º de la Ley de Procedimiento Administrativo habrá que entender que si en algún caso se contienen reglamentos las Circulares e Instrucciones de los órganos de la Administración será por delegación del Ministro y previos los requisitos que nuestra legislación establece. Quizás esta solución sea poco cómoda ya que es evidente que en muchos casos no se han cumplido estos requisitos; pero lo cierto es que, flexible o no, esta es nuestra legislación positiva.

En cuanto a la aplicación al Instituto Español de Moneda Extranjera, de cuanto se viene diciendo no parece deducirse que su situación merezca una consideración que lo aparte del régimen normal. Sólo hemos de advertir que la denominación de las disposiciones que emanan del Instituto no prejuzga nada. Circulares, Instrucciones y Resoluciones pueden contener o no verdaderos reglamentos. Desde luego carecerán de vigor en todo caso si no han sido promulgadas en el Boletín Oficial del Estado según establecen los artículos 29 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 132 de la Ley de Procedimiento Administrativo. Y sólo en

el caso de que establezcan prescripciones nuevas podremos entender que estamos ante nuevos reglamentos, si bien estos deben ser fruto de una delegación de competencia por parte del Ministro o de una autorización que contenga una orden ministerial (61).

### 3) Las fuentes directas subsidiarias y las fuentes indirectas.

Entramos ahora en el examen de las fuentes de valor inferior al Derecho escrito. A causa de la escasa aplicación de la costumbre y del poco o ningún valor que debe atribuirse como tal fuente a la jurisprudencia en el Derecho administrativo, nos vamos a ocupar únicamente de los principios generales del Derecho y de los tratados internacionales.

#### A) Los principios generales del Derecho.

##### a) El problema teórico de los mismos.

Un estudio de los tan traídos y llevados principios generales del Derecho debe comenzarse llevando a cabo de una forma ingenua y desprovista de prejuicios un

##### a') Examen del artículo 6º del Código Civil.

Este puede resultarnos muy útil no sólo porque nos mostrará el papel que desempeñan los principios generales del Derecho sino también porque es preciso averiguar qué papel juegan estos desde el punto de vista de la Administración pública. En el artículo 6º del Código Civil (que no jugamos necesario transcribir) se contempla el caso de la existencia de lagunas, se impone al juez

la obligación de fallar, y se enumeran las fuentes subsidiarias del ordenamiento positivo español. Resulta muy útil hacer hincapié en las afirmaciones anteriores porque nos muestran que los principios generales, como ha puesto de manifiesto CLAVERO (62), surgen como problema, más en relación con el de las lagunas que con el de las fuentes de Derecho; y, añadimos nosotros en nuestro caso, del Derecho administrativo.

Pero para llegar a conclusiones claras en torno a los principios generales, es preciso tener en cuenta la diversa situación en que se encuentran la Administración y los Tribunales (en este caso de la jurisdicción contenciosa) ante el problema que dichos principios generales plantean.

Examinemos primero la cuestión desde el punto de vista del tribunal contencioso-administrativo. El problema es viejo en nuestra disciplina. Ya LAFERRIERE se le había planteado casi con las mismas palabras que utiliza el artículo 6º de nuestro Código al decir que "la jurisprudencia (del Consejo de Estado) debe remediar el silencio, oscuridad e insuficiencia, inspirándose en los principios generales del Derecho y en la equidad" (63). Pero hemos de tener en cuenta que, ante una laguna del Derecho, el juez contencioso-administrativo no podrá atenerse a la costumbre del lugar - por no existir esta o ser aplicable en muy contados casos en el Derecho administrativo. Por tanto habrá de utilizar directamente los principios generales del Derecho. En esta situación puede haber dos cosas. O bien tratar de extraer las normas generales a -



los puntos de vista que presiden el Derecho positivo que él apli-  
ca todos los días, o bien, y en más raros casos, acudir a aque-  
llas normas de Derecho intemperal y universalmente válidas según  
las cuales es posible resolver el caso concreto. Cualquiera que  
sea la solución que elija le cierto es que, a pesar de las con-  
exiones que se producen, no es esta la situación decisiva a la -  
luz de la cual hayamos de investigar el papel que juegan los prin-  
cípios generales en cuanto fuente del Derecho administrativo. Pues  
este problema que se puede presentar al juez en el ejercicio de su  
magistratura no es un problema específico de Derecho administrati-  
vo a pesar del interés que por vía de deducción tenga para él.

Examinemos ahora la situación en que se encuentra la Adminis-  
tración pública; elle nos mostrará el otro ángulo de la cuestión  
y a nuestro juicio el más importante. En este punto hemos de ob-  
servar que, si bien es aplicable el párrafe 2º del artículo 6º -  
del Código Civil que establece cuales son las fuentes subsidiarias  
en nuestro Derecho, no es de aplicación en cambio el párrafe 1º -  
que se refiere exclusivamente a los tribunales de justicia. Este  
ha hecho decir entre nosotros a CLAVERO que en nuestro Derecho -  
positivo el artículo 6º del Código Civil, regulador de las lagu-  
nas, presenta a su vez una laguna; no se ha planteado la actitud  
de los órganos de la Administración en los casos de laguna (64).

Pero sigamos ocupándonos de la situación en que se encuentran  
los órganos de la Administración. Dichos órganos están obligados  
a resolver los asuntos que se les plantean y, a falta de texto -

aplicable, habrán de resolver según los principios generales del Derecho, como afirma entre nosotros CLAVERO (65) y en Francia - RIVERO (66); y ¿cual será la postura del órgano de la Administración? Parece obvio que este deberá recurrir a resolver la cuestión según el sentido del ordenamiento jurídico del que emanan - las normas que aplica dada la sujeción que, en el estado de Derecho, ha de predicarse de la postura de la Administración frente a la Ley. Si el ordenamiento jurídico-positivo está inspirado en normas intervencionistas en un determinado sector de la actividad es lógico que el funcionario titular del órgano deba resolver de acuerdo con esta situación, con este criterio que sigue la Administración en su actuación de todos los días. Claro es también - que, en muy contados casos, a falta de una orientación o, mejor - dicho, en una situación de desorientación absoluta debe recurrir a normas de Derecho natural, este es a las reglas general, intemporal y universalmente válidas que se encuentran en la conciencia jurídica de todos los pueblos por ser inherentes a la condición humana.

Enfocadas las cosas desde este punto de vista resulta evidente que la postura del juez y la del órgano de la Administración - son diversas, ya que el segundo se encuentra más obligado a actuar dentro del sentido general, de los puntos de vista previos que presiden el Derecho positivo, mientras que la actuación del primero - no está constreñida del mismo modo por esta obligación.

Esto nos orienta en el sentido de que si bien es cierto que-

los principios generales pueden concebirse como formando parte del ordenamiento positivo, o fuera de él, el órgano de la Administración debe atender más a la primera acepción que a la segunda mientras que el juez no está sometido de la misma forma a dicha obligación. Y al mismo tiempo nos muestra que para el Derecho administrativo los principios generales del Derecho deben entenderse en el sentido de principios generales del ordenamiento positivo y, sólo muy secundariamente, como principios generales extraídos del Derecho natural. Claro está por otra parte que, en la acepción de principios generales del Derecho positivo, no son una verdadera fuente de Derecho administrativo sino una regla de conocimiento del ordenamiento jurídico, una obligación que se impone a los jueces y a los órganos de la Administración de integrar el caso concreto en el ordenamiento jurídico-positivo. A la vista de esto resulta muy natural que un numeroso sector de la doctrina francesa haya subrayado la importancia de esta labor de integración de los casos concretos en el ordenamiento positivo y considere por tanto a los principios generales como una fuente jurisprudencial (67) olvidando que no es la jurisprudencia la que debe decidir sobre el problema de las fuentes del Derecho.

#### b') Posturas doctrinales.

Los hechos enunciados hasta ahora nos explican fácilmente - no sólo la diversidad de posturas doctrinales en torno a los principios generales del Derecho, sino también, concretamente, a algunas de estas.

Así se ajustan a nuestra posición la de CLAVERO que considera a los principios generales del Derecho al mismo tiempo como fuente del Derecho y regla para el juez (68); y la de GARRIDO según el cual hay que distinguir dos acepciones. La primera de ellas se refiere a los principios generales como una forma de conocimiento del total ordenamiento positivo, y la segunda - referente al Derecho natural (69). Por otra parte, a la vista de esta duplicidad, se explica fácilmente la desorientación de la doctrina. Así por ejemplo GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS consideran a los principios generales como fuente directa e indirecta al mismo tiempo (70) y GONZALEZ PEREZ los considera fuente directa (71).

Es claro que, a la vista de lo anteriormente dicho, no podemos aceptar la clasificación de los principios generales del Derecho formulada para el Derecho francés por RIVERO (72) ni la efectuada para el español por GONZALEZ PEREZ, recogiendo posturas de CASTRO (73). Según este último pueden distinguirse en los principios generales de Derecho, principios de Derecho natural, principios tradicionales, y principios políticos. Admitimos los términos primero y tercero de la clasificación que se corresponden con las dos acepciones que hemos señalado, pero nos parece muy débil el segundo punto. ¿Qué son esos principios tradicionales? Todos los que cita GONZALEZ PEREZ están consagrados en textos legales (74), luego al aplicarlos es la Ley lo que se está aplicando. Nos parece muy difícil por otra parte enunciar un principio general tradicional que no este contenido en las leyes. En

primer lugar porque coincidimos con RIVERO en que los principios generales no tienen carácter consuetudinario (75). En segundo lugar porque si se admitiera la existencia de principios generales tradicionales, este es, consuetudinarios, no estaríamos en presencia de la fuente principios generales sino en presencia de la fuente costumbre.

Y si bien son ciertas las palabras de BOUFFENDEAU, recogidas por RIVERO (76), según las cuales existe en la raíz de todo sistema jurídico una concepción del hombre y del Derecho, estamos que es preciso buscar las consecuencias de esta acepción en el sistema jurídico-positivo actual y no en las glorias o en los errores de nuestros antepasados.

c') Valor de los principios generales en el Derecho administrativo.

En este punto y, consecuentes con la postura anteriormente expresada, tenemos que distinguir entre las dos acepciones aludidas.

Los principios generales del Derecho en cuanto provienen del Derecho natural, operan como verdadera fuente, pero como fuente subsidiaria, este es, sólo aplicable a falta de normas de Derecho escrito. Con la anterior afirmación nos adherimos a la postura expresada por GARRIDO (77). Discrepamos en cambio de la de GONZALEZ PEREZ, según el cual "la contradicción entre los textos legales y los principios jurídicos origina la condenación del Or-

denamiento por antijurídico, su repudiación por tiránico o su --  
ineficacia por derogación tácita, según contradiga los principios  
de Derecho natural, los tradicionales, o los políticos" (78); y --  
nuestra discrepancia se basa en que, siguiendo una vez más la opi-  
nién de GARRIDO (79), estimamos que la arbitrariedad no puede con-  
fundirse con la justicia.

En cuanto a la acepción según la cual los principios genera-  
les son una regla para el juez de lo contencioso y para el órgano  
de la Administración, dirigida a orientarles en su labor de inte-  
grar la solución del caso en el Ordenamiento jurídico, no la con-  
sideramos como fuente, pero en cuanto tal regla, se impone al que  
ha de aplicarla con igual valer que la misma ley. Para nosotros --  
es así como hay que interpretar el artículo 83 de la Ley de la Ju-  
risdicción Contencioso-Administrativa y la postura de la doctrina  
francesa cuando afirma que los principios generales del Derecho --  
tienen idéntico valer al de la ley (80).

b) El principio general de comercio intervenido.

a') Puntos de vista generales.

Nos hemos referido hasta aquí a la cuestión de los principios  
generales del Derecho, porque estimamos con GONZALEZ PEREZ (81), --  
que el jurista se le plantea el problema de su determinación e im-  
portancia en el sector especial del Ordenamiento cuyo estudio se --  
le confía. Y a más de exponer con motivo de nuestro estudio la opi-  
nién que nos merecen los principios generales en cuanto fuente del

Derecho administrativo, queremos destacar la importancia de uno de ellos que juega, en el momento de ser redactada esta tesis, - en el campo de la Administración económica y consiguientemente en la de divisas.

Nos referimos al hecho de la intervención del comercio con carácter general. La doctrina española no es ajena por completo al fenómeno, habiéndose referido a él GASCON Y MARIN (82), GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS (83), y MONCADA (84). No obstante estamos - mames que no se ha desarrollado en el grado que sería de desear.

Para nosotros el hecho de la intervención del comercio supone un principio general del Derecho administrativo español, utilizando esta expresión en el sentido de norma para llenar las lagunas legales, que actúa de orientación en la labor del tribunal contencioso-administrativo o de la misma Administración en orden a integrar la solución del caso concreto en el total Ordenamiento jurídico.

Probaremos la anterior afirmación por una doble vía. Por una parte negativamente nos parece una prueba considerable poner de manifiesto el hecho de que actualmente no existe ninguna norma que autorice al Ministerio de Comercio a intervenir el comercio exterior. Puede deducirse quizás del Decreto-ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959, pero en ningún sitio se dice de modo expreso (85). Positivamente probaremos nuestra afirmación - examinando la

b') Evolución legislativa en la materia.

Nos referiremos a ella distinguiendo la situación anterior y la posterior al Decreto-ley de 21 de julio de 1959.

a'') Antes del Decreto-ley de 21 de julio de 1959.

Arrancamos para el examen de la misma desde principios del siglo actual. Podemos distinguir a su vez durante esta época dos períodos de 1900 a 1936 y de 1936 a 1959.

Durante el primero de dichos períodos la intervención tiene un carácter transitorio y circunstancial. Las bases políticas del sistema, de claro cuño demo-liberal, vedan a los Gobiernos toda intervención en la materia. Pero, a pesar de todo, ya desde finales de esta época se va a ir advirtiendo la orientación hacia una intervención del comercio. Ni que decir tiene que esta regulación excepcional y transitoria se vería influida extraordinariamente - por los acontecimientos internacionales.

La primera disposición intervencionista de esta época no puede ser más cauta y limitada. Se trata de la Ley de Bases de 20 de marzo de 1906 que, en su base undécima, faculta al Gobierno para "prohibir temporalmente o imponer derechos a la exportación de las sustancias alimenticias y a las primeras materias cuando la salida de estas, por circunstancias extraordinarias y transitorias, pudiese causar un perjuicio irreparable a los intereses nacionales."

Una disposición intervencionista posterior del comercio es el



Real Decreto de 16 de enero de 1919 que establecía un sistema en virtud del cual sólo podían llevarse a cabo exportaciones cuando excedieran de una cantidad considerada como sobrante. La misma fecha del Decreto nos ilustra ya en torno al hecho de la emergencia de la disposición a causa de las circunstancias de postguerra.

La tercera disposición que debemos citar tiene en cambio el carácter claro y definido de represalia económica por medidas de otros países. Nos referimos a la Ley de 22 de abril de 1922 que autorizaba al Gobierno para limitar la importación de una, varias, o todas las mercancías de un país que tuviera limitada la importación de mercancías españolas (artículo 2º); y para prohibir la importación de mercancías de cualquier país dando cuenta a las Cortes (artículo 3º, A).

Por último hemos de referirnos dentro de este período al Decreto de 23 de diciembre de 1931, cuyas disposiciones reiteraba el de 26 de diciembre de 1933, en virtud del cual se establecía un sistema de contingentación de importación de determinados productos. Este sistema se consideraba temporal, debiendo desaparecer cuando el comercio internacional volviera a condiciones de normalidad.

Hasta aquí los puntos de esificación previos al sistema de intervención. Este se lleva a cabo plenamente después de la guerra civil durante la cual se interviene el comercio de una serie de productos. Esta intervención no se autoriza por ley y a veces por ninguna norma jurídica, y una vez desaparecida la emergencia la situación continua. Buen ejemplo de ello es la prueba negativa que antes

hemos dado en torno al comercio exterior. Sin embargo también - se dictaron disposiciones que implantaban la intervención entre las que resulta especialmente interesante ahora el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 que la llevaba a cabo en materia de divisas (85).

b') El Decreto-ley de 21 de julio de 1959 y las medidas posteriores.

Hemos elegido la promulgación de dicho Decreto-ley como punto central de la evolución por dos razones. En primer lugar para disipar la idea vulgar de que supone la desaparición de la intervención. En segundo lugar porque nos interesa destacar el hecho de que, de todas formas, abre ya una serie de fisuras en el principio general.

Que el Decreto-ley de Ordenación Económica no supone la desaparición del principio de comercio intervenido es algo que, para nosotros, resulta indudable. En primer lugar por su carácter de norma programática que necesita de disposiciones posteriores que la desarrollen (87). En segundo lugar porque del texto de dichas disposiciones no se deduce que el Estado renuncie a la intervención en la economía. Así vemos que la Exposición de Motivos se refiere al hecho de que la función del Estado de "vigilar y fomentar" el desarrollo económico se podría ejercer mejor suprimiendo intervenciones hoy innecesarias. O dicho en otras palabras que se mantiene la intervención en el comercio suprimiendo parte de ella

para ejercer el resto con mayor agilidad.

Pero no cabe duda de que la estabilización supuso un importante ataque a los cimientos de la intervención. En el ánimo del que se interese mínimamente por la materia está el hecho de la liberalización progresiva del comercio exterior. Y en cuanto al interior el Decreto de 28 de septiembre de 1959 señaló los productos que necesitaban guía para su circulación reduciendo ampliamente su número. Por otra parte se han ido acordando las liberalizaciones en el mercado interior de los productos ya liberados en el exterior (88). En cuanto a la situación de divisas ya nos hemos referido a ella más arriba.

Notese sin embargo que estos hechos no suponían la derogación del principio de comercio intervenido ya que la liberalización de los distintos productos, tanto en el mercado exterior como en el interior, debía ser acordada nominatim.

En cambio sí puede suponer una alteración del régimen en vigor el Decreto de 23 de noviembre de 1962. Según su párrafo 3º - los Ministerios de Industria, Agricultura, y Comercio propendrán a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos el mantenimiento de las medidas interventoras que, por excepción, queden subsistentes, quedando sin efecto todas las demás en el plazo de tres meses. El Decreto tiene el carácter de un simple programa de gobierno como lo demuestra claramente el texto de su artículo 2º: "En un plazo no superior a seis meses el Gobierno elaborará los proyectos de ley que sean precisos para promover las disposiciones a que se re

fiere el presente Decreto que requieran este rango ...".

Habrá que estimar por tanto que, por el momento, rige todavía el principio de comercio intervenido hasta tanto no se dicten las disposiciones oportunas (89). A efectos de la administración de divisas habrá que esperar a saber si se incluyen las disposiciones interventoras actuales entre las que se tiene el propósito de derogar. De lo contrario habrá que pensar que, en materia de divisas, a falta de norma expresa, se encuentra en vigor el principio general de intervención.

#### B) Breve referencia a los tratados internacionales.

Los tratados internacionales tienen el carácter de fuente indirecta, esto es, sólo han de aplicarse en cuanto sus disposiciones hayan sido recibidas y promulgadas por normas internas (90).

Parece interesante destacar que la nueva Constitución francesa de 1958 reconoce a los tratados una autoridad superior a la de la ley en su artículo 54 (91). Sin embargo en nuestro Derecho habrá que estar al principio contrario según se deduce, entre otros casos, del artículo 8  del Instrumento de Ratificación de 28 de mayo de 1958 por el que España se adhería a la O.E.C.E., y del artículo 8  del Decreto-ley de 4 de julio de 1958 por el que se produjo la adhesión al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, textos especialmente importantes en la materia de que tratamos.-

N O T A S

- (1) Pueden citarse como ejemplo la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 1º), el Decreto de 10 de octubre de 1958 que enumeraba los procedimientos efectuados de la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 1, apartado 23), la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas (art. 5º), y la Ley de Régimen Jurídico de Hidrocarburos (arts. 49 a 53).
- (2) V. respecto a ello parte IV, cap. I.
- (3) V. al respecto el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 y anteriormente el Decreto de 15 de agosto de 1936.
- (4) V. el art. 4º del Decreto de 18 de noviembre de 1936.
- (5) El Instituto Español de Moneda Extranjera pasó a depender del actual Ministerio de Comercio en virtud de lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1º del Decreto-ley de 8 de febrero de 1952.
- (6) Esta materia se encuentra desarrollada más ampliamente en el art. 17 de la Ley que regula las facultades de los censores nombrados por el Ministerio de Hacienda.
- (7) V. parte II.
- (8) Según el art. 2º del Decreto de creación de 18 de noviembre de 1936 estas eran: elevar propuestas sobre normalización del comercio de divisas, publicar los cambios, y centralizar la liquidación de operaciones de divisas. El Decreto de 21 de abril de 1938 añadió a estas en estudio de la distribución de las divisas para importaciones y la fijación mensual del cupo de di-

visas para las mismas. Por último la Orden de 15 de julio de 1938 le asignaba la centralización del comercio de divisas - en España y la autorización de los movimientos de saldos en pesetas en cuentas a favor de residentes en el extranjero.

- (9) V. respecto a este parte IV, cap. 3<sup>a</sup>.
- (10) Decreto de 26 de octubre de 1951.
- (11) Decreto de 5 de abril de 1957.
- (12) Decretos de 14 de noviembre de 1958 y 4 de junio de 1959.
- (13) Decreto de 15 de julio de 1961.
- (14) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2<sup>a</sup> ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 198.
- (15) GARRIDO, Ob. cit., pág. 219.
- (16) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, 13<sup>a</sup> ed., Madrid, 1956, pág. 97.
- (17) GARRIDO, Ob. cit., pág. 223.
- (18) GARRIDO, Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales, Revista de Administración Pública, n<sup>o</sup> 7, Madrid, 1952, pág. 17:
- (19) V. arts. 2<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup>, apartado 2<sup>a</sup>.
- (20) V. art. 1<sup>a</sup>, 2.
- (21) En realidad el Decreto citado lo clasifica como Entidad Estatal Autónoma, Sobre la calificación como Organismo Autónomo concretamente v. infra, parte IV, cap. II.
- (22) Sobre el Derecho de la Administración Autónoma en general, v. la excelente conferencia de CLAVERO, Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular de las Administraciones -

Autónomas, Conferencia inaugural del curso 1962-63, Centre de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares, 1962.

(23) V. infra, parte IV, cap. II.

(24) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, 13ª ed., Madrid, 1956, pág. 116. Según GASCON ya DUGUIT se había ocupado en la doctrina francesa del problema que tratamos nosotros ahora.

(25) No nos referimos por supuesto al concepto de autonomía en un marco político ni desde el punto de vista de la alta organización administrativa. Intentamos definir a la acepción que le emplea como capacidad de creación de normas. Por otra parte esta acepción coincide con los resultados de la investigación de la doctrina española. V. en este sentido GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 36 y GARCIA TREVIJANO, Principios jurídicos de la organización administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 237.

(26) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 612.

(27) FORSTHOFF, Ob. y loc. cit., v. también la bibliografía que allí se cita.

(28) FLEINER, Instituciones de Derecho administrativo, trad. esp., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 65.

(29) FLEINER, Ob. cit., pág. 272.

- (30) FORSTHOFF, Ob. cit., pág. 612.
- (31) FORSTHOFF, Ob. y lec. cit.
- (32) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Madrid, 1961, pág. 248.
- (33) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 197.
- (34) LAUBADERE, Ob. cit., pág. 625.
- (35) VEVEL, Droit administratif, Paris, 1958, pág. 142.
- (36) FLEINER, Instituciones de Derecho administrativo, trad., esp., Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1933, pág. 55.
- (37) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 612.
- (38) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, I, 7ª ed., Madrid, 1959, pág. 200.
- (39) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 248.
- (40) GARRIDO, Ob. cit., pág. 249.
- (41) Pueden citarse como ejemplos la Instrucción de 28 de julio de 1950, dictada en ejecución del Decreto de 21 del mismo mes y año, la de 31 de octubre de 1951 en ejecución del Decreto del 26, la Resolución de 12 de abril de 1957 en ejecución del Decreto del 5 y la Resolución de 19 de julio de 1961 en cumplimiento del Decreto del 15 que daba normas sobre la convertibilidad de la pesetas.
- (42) GARRIDO, Ob. y lec. cit.
- (43) V. la bibliografía que cita sobre el tema RIVERO, Droit ad -



ministratif, 2ª ed., Dalloz, 1962, pág. 87.

- (44) ROYO VILLANOVA, A.S., Elementos de Derecho administrativo, 24ª ed., Valladolid, 1955, pág. 55.
- (45) Puede citarse como ejemplo el art. 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.
- (46) ORTIZ DIAZ, Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder en la jurisprudencia del Consejo del Estado francés, Revista de Administración Pública, nº 24, 1957, pág. 338.
- (47) ORTIZ DIAZ, Ob. cit., pág. 339.
- (48) WALINE, Droit administratif, 7ª ed., Paris, 1957, pág. 250.
- (49) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1958, pág. 113.
- (50) ORTIZ DIAZ, Ob. cit., pág. 336.
- (51) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 163.
- (52) LAUBADERE, ob. cit., pág. 164.
- (53) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, 1962, pág. 87.
- (54) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 237.
- (55) LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª, ed., Paris, 1957, pág. 165.
- (56) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1958, pág. 113.
- (57) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, 1962, pág. 68.
- (58) ORTIZ DIAZ, Ob. cit., pág. 353 y sigs.
- (59) Así por ejemplo en el arrêt de 9 de abril de 1954, citado por VEDEL, ob. cit., pág. 113.

- (60) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 247. El subrayado es nuestro.
- (61) Aunque no sea el supuesto normal sin embargo se dictan a veces tales reglamentos por el Instituto Español de Moneda - Extranjera. Podemos citar como ejemplo el caso de la Circular de 2 de junio de 1947 que daba normas sobre asignación de divisas para viajes por el extranjero.
- (62) CLAVERO, Los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico, Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid, 1952, pág. 71.
- (63) LAFERRIERE, Traite de la Jurisdiction administrative et du recours contentieux, 2ª ed., Paris-Nancy, 1892, prélogo, pág. XII.
- (64) CLAVERO, Ob. cit., pág. 100.
- (65) CLAVERO, Ob. cit., pág. 99.
- (66) RIVERO, Droit administratif, Dalloz, 2ª, ed., 1962, pág. 71.
- (67) En este sentido RIVERO, ob. cit., pág. 152; LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 205, y VEDEL Droit administratif, Paris, 1958, pág. 152.
- (68) CLAVERO, Los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico, Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid, 1952, pág. 87.
- (69) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 268 y 269.
- (70) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USKROS, Derecho administrativo, I,

Madrid, 7ª ed., 1957, pág. 123.

- (71) GONZALEZ PEREZ, El método en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, nº 22, Madrid, 1957, pág. 85.
- (72) RIVERO, Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés, Revista de Administración Pública, nº 6, 1951, pág. 269.
- (73) GONZALEZ PEREZ, Ob. cit., págs. 49 y sigs.
- (74) GONZALEZ PEREZ, Ob. cit., págs. 51 y sigs.
- (75) RIVERO, Droit administratif, Dalloz, 2ª, ed., 1962, pág. 71.
- (76) RIVERO, Ob. cit., pág. 76.
- (77) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 266.
- (78) GONZALEZ PEREZ, Derecho procesal administrativo, I, Madrid, 1955, pág. 149.
- (79) GARRIDO, Ob. cit., pág. 62.
- (80) En este sentido LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 206, y RIVERO, Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés, Revista de Administración Pública, nº 6, Madrid, 1951, pág. 295.
- (81) GONZALEZ PEREZ, El método en el Derecho administrativo, Revista de Administración Pública, 1957, nº 22, pág. 49.
- (82) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, 13ª ed., Madrid, 1956, pág. 497.
- (83) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, 7ª

ed., Madrid, 1957, pág. 712. Este autor afirma que se ha llegado a un sistema de libertad. Aparte de lo que se dice en el texto notese bien que el mismo autor se refiere en la página citada, en nota, 49, a una Circular del Ministerio de la Gobernación que excita el celo de los gobernadores para evitar el alza injustificada de los precios.

- (84) MONCADA, Intervención administrativa en el comercio exterior, Estudios en homenaje a Jordana de Pezas, III, vol. 2º, Madrid, 1962, pág. 349 y sigs. No hacemos un uso demasiado extenso de las investigaciones de MONCADA ya que no se puede deducir de ellas el carácter de generalidad.
- (85) Naturalmente resulta muy difícil probar una negación. Pero hemos revisado toda la legislación comercial española sin encontrar la disposición autorizante.
- (86) No nos referimos a más legislación en el texto por creer que el hecho resulta patente en el ánimo de todos y porque un estudio permenerizado de estas leyes produciría un desbordamiento de la presente tesis. De toda forma por sí no bastaría la existencia de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes, la Fiscalía de Tasas, y el Servicio Nacional del Trigo, la exigencia de guía de circulación para los productos, el comercio de Estado, y las referencias del texto, v. parte I, cap. II, al tratar de la intervención económica en España, y parte I, cap. III, al tratar de las medidas de policía en el orden económico en Derecho positivo español. También pueden encontrarse referencias al tema en GASCON Y MARIN, Tratado de

Derecho administrativo, 13ª ed., Madrid, 1956, pág. 497; -  
GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, 7ª  
ed., Madrid, 1957, pág. 712; y MONCADA, Ob. cit., págs. 349  
y sigs.

- (87) Es muy interesante en este sentido y en orden al comercio exterior examinar atentamente la redacción del artículo 2º: -  
"Como consecuencia de las liberalizaciones que se acuerden ...".
- (88) Hasta la fecha la última disposición en la materia es la Orden de 18 de mayo de 1962.
- (89) De todas formas juzgamos desafortunada la redacción del Decreto. ¿Qué sucederá con las medidas establecidas por Ley, durante el tiempo comprendido entre los tres meses a que alude el artículo 2º y los seis a que se refiere el artículo 20? ¿Y con las medidas de este tipo que no se deroguen expresamente? ¿Pueden derogarse temporal o definitivamente por Decreto medidas establecidas por ley?
- (90) Seguimos en esto la opinión de GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Madrid, 1961, pág. 272.
- (91) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, 1962, pág. 51.

**IV. LOS SUJETOS Y LAS SITUACIONES JURIDICO-SUBJETIVAS.**

#### IV. LOS SUJETOS Y LAS SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS.

##### S U M A R I O

Preliminares y plan.

##### C A P I T U L O I

#### LOS ORGANISMOS INTERVENTORES.- ANTECEDENTES DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA.

- 1) El Comité Interventor de los cambios.
  - A) Causas de su creación.
  - B) Configuración del Comité.
  - C) Críticas.
- 2) El Centro Regulador de Operaciones de Cambios.
  - A) Estructura orgánica.
  - B) Caracterización jurídica de las funciones atribuidas.
- 3) El Centro Oficial de Contratación de Moneda.
  - A) Hasta la Orden de 21 de mayo de 1931.
  - B) Después de la Orden de 21 de mayo de 1931.
    - a) La estructura orgánica.
    - b) Los sujetos.
    - c) Las funciones.
- 4) El Comité de Moneda Extranjera.
  - A) La legislación sobre divisas durante la guerra civil.
  - B) Configuración jurídica del Comité de Moneda Extranjera.

- a) La estructura orgánica.
- b) Las funciones atribuidas.

Notas.

## C A P I T U L O   I I

### **NATURALEZA JURIDICA DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA.**

- 1) Precedentes en Derecho comparado.
- 2) La confusión en torno a su naturaleza jurídica.
  - A) Por los caracteres inherentes a su personalidad.
  - B) Por los rasgos específicos de su Derecho tributario.
  - C) Por el régimen jurídico de su actividad.
- 3) Naturaleza jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera.
  - A) El Instituto Español de Moneda Extranjera es una persona jurídica pública.
    - a) Puntos de vista previos sobre la teoría de las personas jurídicas públicas.
    - b) Criterios para reconocer las personas jurídicas públicas.
    - c) El Instituto Español de Moneda Extranjera presenta los caracteres exigidos.
  - B) El Instituto Español de Moneda Extranjera es un caso de descentralización funcional.
    - a) Requisitos necesarios para que exista descentralización funcional.
    - b) El Instituto Español de Moneda Extranjera cumple los requisitos exigidos.
- 4) Relaciones del Instituto con la Administración centralizada.



- A) Planteamiento del problema.
  - a) Discalificación y tutela.
  - b) La teoría de la fiscalización y tutela es insuficiente para explicar todos los supuestos.
  - c) Posturas doctrinales.
- B) ¿Puede considerarse al Instituto Español de Moneda Extranjera como un órgano de la Administración del Estado?
  - a) Concepto de órgano.
  - b) Admisibilidad de la teoría de la personalidad jurídica de los órganos.
  - c) Otras teorías que intentan explicar la situación.
- C) Nuestra posición.

Notas.

### C A P I T U L O   I I I

#### ORGANIZACION DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA

- 1) Generalidades.
- 2) Los órganos rectores.
  - A) El Consejo de Administración.
    - a) Presidencia.
    - b) Composición.
      - a') Del Pleno.
      - b') Del Comité permanente.
  - B) La Dirección General.
- 3) Los órganos ejecutivos.
  - A) La distribución en Secciones y el Comité coordinador.

B) Referencia especial a la Sección de Inspección.

**Notas.**

## **C A P I T U L O   I V**

### **EL ADMINISTRADO.**

1) Puntos de vista previos.

A) Generalidades.

B) Plan del capítulo.

2) La situación de la Banca.

A) En general.

a) Facultades.

a') Antecedentes.

b') Régimen actual.

b) Naturaleza jurídica de la delegación de funciones.

B) En especial del Banco Exterior.

3) La situación del administrado.

A) Generalidades.

B) La legislación española.

C) Las transferencias coactivas de divisas.

**Notas.**

#### IV.- LOS SUJETOS Y LAS SITUACIONES JURIDICAS SUBJETIVAS.

##### Preliminares y plan.

Entramos ahora en el estudio de una parte muy importante para el desarrollo del presente tema. Si bien es cierto que nos parecen útiles las investigaciones realizadas en torno a la Administración económica, no lo es menos que, dentro ya del marco específico de la administración de divisas, es el estudio del Instituto Español de Moneda Extranjera lo que nos servirá de orientación definitiva en torno a la situación en nuestro Derecho positivo. Ya nos hemos referido a las fuentes legales de la materia, que con esta y la V y última parte referente a los actos del Instituto completa la ordenación de la situación.

Vamos pues a llevar a cabo el estudio de los sujetos de acuerdo con el siguiente plan. Los tres primeros capítulos de esta parte se dedicarán al estudio del organismo interventor, en este caso el Instituto Español de Moneda Extranjera, distinguiéndose los antecedentes (capítulo I), la naturaleza jurídica del Instituto (capítulo II), y la organización (capítulo III). En el capítulo IV se estudiarán por último las cuestiones que se refieren al administrado en la materia concreta de la administración de divisas.

**LOS ORGANISMOS INTERVENTORES.- ANTECEDENTES DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA.**

Se estudiarán en el presente capítulo aquellos organismos - que por ejercer en su momento actividades de control de cambios o de administración de divisas, es preciso considerar como antecedentes del Instituto Español de Moneda Extranjera. Al interés normal que supone encontrar el enfoque exacto de la perspectiva histórica a través de la cual deben ser miradas las realidades - presentes, se une en este caso otro más concreto; pues sucede que algunas de las atribuciones que actualmente tiene el Instituto Español de Moneda Extranjera han sido heredadas o transplantadas directamente de las que en su momento ostentaban los organismos anteriores:

**1) El Comité Interventor de los Cambios.**

Pongamos de manifiesto desde el primer instante que el estudio que realizamos se lleva a cabo desde un punto de vista jurídico y que, por tanto, no pretendemos entrar en consideraciones económicas (1). Una vez hecha esta advertencia diremos en primer lugar, que antes de 1928, fecha de creación del organismo del epígrafe, existen ya en España algunos antecedentes de la intervención en los cambios. Entre ellos podemos citar los llamados Consejos de Cambios que se crearon en Madrid y principales capitales de España para intervenir en las operaciones monetarias o de cambio, por Real Orden de 29 de octubre de 1919. Se componían de tres miembros

nombrados por el Ministerio de Hacienda y tenían facultades para imponer multas que podían llegar hasta el 40 por 100 de la transacción fraudulenta (2).

Otro caso digno de mención es la prohibición de importar moneda extranjera cuya circulación no estuviera expresamente permitida (3). Sin embargo, la primera vez que se intenta establecer un sistema de control de cambios de pleno derecho, dicha intervención se lleva a cabo a través del organismo a que se refiere el epígrafe, este es, del Comité Interventor de Cambios que pasamos seguidamente a examinar.

#### A) Causas de su creación.

El Comité tiene su origen en una serie de hechos que alteraron gravemente la cotización de nuestro signo monetario creando una situación difícil. Se trata por tanto de una causa que podemos considerar normal (4) y no de circunstancias excepcionales de tipo bélico.

Pero veamos la pequeña historia (5). En el bienio de 1925-26, durante la dictadura del General Primo de Rivera, se produjo una fuerte alza de la peseta debida a causas coyunturales o de prestigio nacional. Tales fueron en cuanto al segundo caso la feliz terminación de la guerra de Marruecos y en cuanto al primero unas excepcionales exportaciones de vino a Francia. A consecuencia de este alza la especulación internacional, representada en este caso por un grupo financiero franco-belga, se lanzó sobre la peseta

adquiriendo una cantidad equivalente a 700 millones de francos. Tanto el Ministerio de Hacienda como los Gobernadores del Banco de España permanecieron impasibles frente a esta antinatural lly via de divisas. Y como era de prever se produjo el derrumbamiento. Bruscamente la especulación internacional retiró su campo de actividad de nuestros asuntos monetarios. Y entonces vino la baja, una baja tanto más perjudicial cuanto que venía a confirmar y a continuar la inestabilidad de la peseta.

#### B) Configuración del Comité.

Ante esta situación tenía que producirse necesariamente una reacción del Gobierno y esta consistió en la creación del Comité que nos ocupa por Real Decreto-ley de 25 de junio de 1928, bajo los auspicios de Calvo Sotelo que ocupaba entonces la cartera de Hacienda.

Este Comité no supuso la creación de un órgano permanente de carácter administrativo. Su configuración se llevó a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la base 7ª, artículo 1º de la Ley de Ordenación Bancaria, texto refundido de 24 de enero de 1927 (6). Dentro de esta línea se autorizaba al Gobierno para que ejerciera - una acción interventora con el único objeto de regular la cotización de la peseta.

Un análisis de las facultades y medios del Comité nos permitirá orientarnos acerca del carácter que debía atribuirse. A dicho organismo se asignaban las facultades siguientes:

- 1.- Abrir créditos.
- 2.- Adquirir o ceder moneda extranjera a los cambios que, libremente, era conveniente fijar.
- 3.- Celebrar contratos para la realización de pagos e cobros en el exterior.
- 4.- Comprar oro y billetes.
- 5.- Realizar operaciones bancarias o mercantiles que coadyuvasen al cumplimiento del fin que se le asignaba (7).

Para llevar a cabo todas estas actividades el Comité disponía de 500 millones de pesetas que aportarían por partes iguales el Tesoro y el Banco de España (8).

Quizás fuera interesante averiguar la naturaleza jurídica de este Comité al que se facultaba para celebrar contratos, así como investigar la naturaleza de estos. Pero este estudio rebasaría los puntos de vista que nos interesan ahora. Lo que es indudable es que el Comité no limitaba los derechos y deberes de los particulares y no invadía por tanto la esfera de libertad de los mismos. Se trataba por el contrario de un instrumento en manos del Gobierno para ejercer de un modo más eficaz una política económica, y más concretamente monetaria, de acuerdo con las necesidades de la vida nacional.

### C) Críticas.

Y precisamente porque se trataba de un organismo puramente político estaba mucho más expuesto a las críticas políticas. La

actividad del Comité estuvo rodeada de una ardorosa polémica que mezclaba argumentos políticos y económicos; y, como siempre ocurre, la pasión oscureció los hechos e hizo difícil una fría apreciación de las venturas y desventuras de la intervención (9).

Entre este tipo de críticas políticas merece citarse especialmente la que llevó a cabo un grupo que encabezaba Don Francisco Cambé, inspirador de la Ley de Ordenación Bancaria de 1921. Según Cambé y sus partidarios lo sucedido era que se estaba tratando de mantener el cambio por debajo de la línea correspondiente al nivel relativo de los precios (10).

Más importancia que esta crítica política tuvo la realizada por el Dictamen de la Comisión del Patron Oro en el siguiente año de 1929. El dictamen ponía en evidencia la falta de coordinación en la política interna y externa en materia monetaria y en este sentido criticaba la política gubernamental (11).

Lo bien fundado de estas críticas hizo que se suspendieran transitoriamente las actividades del Comité de febrero a junio de 1929 para suspenderse definitivamente en octubre del mismo año. Por esa inercia administrativa que impide la disolución definitiva de los organismos inútiles se mantuvo todavía en vigor la existencia del Comité hasta la Orden de 21 de mayo de 1931. Era evidente sin embargo que, al intentar restablecer la política interventora después de abandonada esta transitoriamente durante un período determinado, era preciso que el Comité dejara paso a otro órgano mejor caracterizado que él.



## 2) El Centro Regulador de Operaciones de Cambios.

Caida la dictadura del General Primo de Rivera, el Primer Ministro de Hacienda Argüelles se mostró totalmente enemigo de la intervención. Pero la subida de WAIS al Ministerio de Economía y después al de Hacienda supuso una nueva orientación en sentido decididamente interventor. La actividad interventora trataba de conseguir los objetivos siguientes:

- 1.- Organizar la intervención del cambio.
- 2.- Regularizar el régimen de pagos.
- 3.- Organizar el monopolio del comercio de divisas.
- 4.- Conseguir la estabilización monetaria (12).

Para el cumplimiento de estos objetivos se promulgó la Real Orden de 14 de junio de 1930 que creaba el Centro Regulador de Operaciones de Cambios. Independientemente del cumplimiento de estas altas finalidades de política económica se trataba de conseguir mediante su erección que se detuviera la evasión de capitales producida a causa de la inestabilidad política de la época. Al menos nos parece que esto puede deducirse claramente del hecho de que se reitera en la Orden la prohibición contenida en el Real Decreto de 14 de junio de 1916 (13). Hecha esta advertencia debemos pasar a estudiar los puntos más interesantes para el desarrollo de nuestro tema.

### A) Estructura orgánica.

El Centro Regulador de Operaciones de Cambios no era todavía

un organismo o un órgano de la Administración del Estado. Las funciones que le estaban encomendadas, que estudiaremos en el epígrafe siguiente, iban a ser realizadas por la Banca, aunque se tratara del Banco de España sobre el que ejerce tan fuerte control el Ministerio de Hacienda.

En efecto el Centro se creó a propuesta del Consejo Superior Bancario (14) y estaba integrado por un representante de cada una de las ramas bancarias y presidido por uno de los Subgobernadores del Banco de España (15). Pero por si había alguna duda acerca de la competencia del Banco de España en estas materias se dictó el Real Decreto de 31 de agosto de 1930 que autorizaba al Ministerio de Hacienda para centralizar en el Banco de España la administración de divisas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de Ordenación Bancaria (16), encomendándose la realización de las operaciones necesarias precisamente al Centro Regulador de Operaciones de Cambios (17).

Con esto se iniciaba la tradición legislativa en virtud de la cual se consideraba competencia del Banco de España la administración de divisas, tendencia que no ha sido abandonada a pesar de la existencia del Instituto Español de Moneda Extranjera y su adscripción al Ministerio de Industria y Comercio y después de la separación al de Comercio. Buena prueba de ello es lo dispuesto en el apartado g) de la Base 2ª incluida en el artículo 1º de la Ley de Bases de Ordenación Bancaria de 14 de abril de 1962.

B) Caracterización jurídica de las funciones atribuidas.

Sin embargo este organismo híbrido y mal definido compuesto-

per un conjunto de representantes de la Banca bajo la presidencia del Banco de España y la consiguiente acción superior del Ministerio de Hacienda, tenía a su vez sobre el resto de la Banca unas funciones típicamente policiales.

El sistema de actuación del Centro Regulador de Operaciones de Cambios puede caracterizarse del siguiente modo. Se partía de la base de una prohibición del carácter general. No podía realizarse ningún cambio de moneda sin la autorización previa del Centro (18). Los exportadores debían llevar a cabo las operaciones necesarias para convertir en pesetas precisamente a través de la Banca que realizaría las oportunas gestiones ante el Centro (19). Con este quedaba restringida la esfera de libertad de los particulares y, punto muy importante, por primera vez se otorgaba a la Banca el papel de intermediario entre los particulares y el organismo encargado de la administración de divisas. En el caso del Centro este se pone de manifiesto de forma explícita: el Centro Regulador de Operaciones de Cambios no podía operar más que con Bancas y bancos (20).

Esta prohibición se hacía efectiva por otra parte atribuyendo al Centro la facultad de otorgar las autorizaciones necesarias para llevar a cabo operaciones de divisas. En este sentido se expresaba el artículo 1º de la Real Orden de 14 de julio de 1930 que consideraba especial cometido del Centro:

1.- Autorizar las operaciones de compra y venta de divisas.

- 2.- Autorizar a la Banca para abrir créditos en moneda extranjera y para cualquier operación que tenga por objeto disponer en cualquier forma de divisas.

Esta actividad policial se completaba por otra parte con la atribución de facultades inspectoras. Se autorizaba al Centro para que inspeccionase la actuación de la Banca (21) y se la facultaba para tomar las medidas oportunas conducentes a evitar que:

- 1.- Se concertasen operaciones de dobles sin su autorización.
- 2.- Los Bancos se quedaran con mayores posiciones en moneda extranjera con el fin de obtener saldos en pesetas y retener ventas de divisas extranjeras (22).
- 3.- El Centro Oficial de Contratación de Moneda.

Mucho más importante que los anteriores es el caso que nos ocupa, ya que, aunque el precedente directo del Instituto Español de Moneda Extranjera es el Comité de Moneda Extranjera, el carácter excepcional de las necesidades a que respondían hace que el régimen normal anterior a la guerra civil este representada por la actuación del Centro Oficial de Contratación de Moneda.

En el estudio de este es preciso distinguir dos períodos claramente diferenciados antes y después de la fusión con el Centro Regulador de Operaciones de Cambios operado por Orden de 21 de mayo de 1931.

A) Hasta la Orden de 21 de mayo de 1931.

Desde su creación por Real Orden de 6 de septiembre de 1930 -

hasta la fusión con el Centro Regulador de Operaciones de Cambios en la indicada en el epígrafe, el Centro Oficial de Contratación de Moneda no representaba ningún papel especialmente destacado. Se trata más bien de una "oficina" (23) auxiliar del indicado Centro Regulador de Operaciones de Cambios.

Nada más indicado a este respecto que transcribir las palabras de WAIS, entonces Ministro de Hacienda, inspirador de la creación del organismo que nos ocupa. "Para el ejercicio del inexcusable control me pareció precisa la creación de un Centro Oficial de Contratación de Moneda que fuese el solo comprador y vendedor de divisas en el extranjero, teniendo por único comitente a los Bancos y banqueros establecidos en España, para que las cotizaciones no estuviesen influenciadas por otros factores que las que normalmente deben determinar su precio, centralizando todas las operaciones para compensarlas y conocer exactamente su volumen real, que nos permitiese obtener datos lo más exactos posible de la balanza de pagos por fletes, seguros, turismo, giras de emigrantes, intereses y dividendos, comisiones de Bancos y movimientos de capitales, tan ignorados por falta de estadísticas (24).

Puede observarse por tanto que a más de cumplir finalidades estadísticas, muy importantes si se quiere, pero que no interesan a la materia que nos ocupa, el Centro Oficial de Contratación de Moneda tenía unas finalidades de carácter operativo. Era el Centro Regulador de Operaciones de Cambios al que correspondían otorgar las autorizaciones pertinentes en orden a la compraventa de divi -

sas y se trataba sólo de conseguir a efectos de control todas las compraventas se llevasen a cabo a través de un mismo órgano con lo que, a juicio de WAIS, se evitaban también los peligros derivados de las actividades especulativas (25).

Naturalmente la estructura orgánica y las funciones atribuidas al Centro Oficial de Contratación de Moneda están en función de estas finalidades que se intenta conseguir. En cuanto a la estructura orgánica el Centro estaba integrado a partes iguales por representantes del Banco de España, que según el sistema bancario tenía atribuida la competencia en la materia, y el Banco Exterior de España cuya colaboración no podía por menos de ser muy útil, - siendo los gobernadores de los Bancos las facultades para dictar las normas de funcionamiento interno del Centro (26). El nuevo Centro seguía adscrito al Ministerio de Hacienda, al que se le rendían cuentas a través de la Dirección General del Tesoro (27), y que estaba facultado para aclarar las dudas en cuanto al funcionamiento- (28) y en un último momento para dictar normas respecto a este (29).

Respecto al funcionamiento, las normas dictadas se encaminaban casi exclusivamente a imponer la obligación de colaboración con el Centro Regulador de Operaciones de Cambios y a tomar las medidas necesarias para centralizar la contratación de divisas. En cuanto - al primer punto, aparte de la referencia expresa a la colaboración que contiene la Real Orden fundacional (30), se dispuso que el Centro Oficial de Contratación de Moneda debía comunicar al Centro Regulador de Operaciones de Cambios diariamente las operaciones rea-

lizadas para que fuera posible comprobar la licitud de las mismas (31).

En cuanto a las funciones atribuidas se limitan a la centralización de la compraventa de divisas (32) con la consiguiente prohibición de que se realizaran operaciones si no era a través del Centro (33). Pero se mantiene una nota característica: el Centro no operará más que con Bancos y banqueros (34). Una vez más la Banca asume el papel de intermediaria entre los particulares y el órgano encargado de la administración de divisas.

B) Después de la Orden de 21 de mayo de 1931.

La situación del Centro Oficial de Contratación de Moneda descrita en el apartado anterior se altera esencialmente en virtud de la fusión con el Centro Regulador de Operaciones de Cambios que se lleva a cabo por la Orden citada en el epígrafe. Examinemos los puntos más importantes de esta nueva situación.

a) La estructura orgánica.

El respeto a las facultades atribuidas al Banco de España por la Ley de Ordenación Bancaria entonces vigente, al mismo tiempo que la necesidad de que actuase directamente la Administración, imponen la estructura orgánica del Centro. Esta por otra parte tampoco aparece demasiado bien delimitada en la legislación ya que la Orden de creación se limita a decir que estará constituido por elementos del Tesoro y del Banco de España (35) si bien seierte que también se dice que la organización, la distribución de sus trabajos, y la or-

denación de sus funciones se encomienda a la acción conjunta del representante del Tesoro y del representante del Banco (36). Pero estas normas organizativas, si existieran, en todo caso no fueran promulgadas.

Junto a lo anterior hemos de referirnos también aquí a los organismos que tenían atribuidas facultades consultivas y de asesoramiento. Eran estos el Consejo Superior Bancario (37) y la Junta Interventora del Cambio Exterior, creada esta por la Base 7ª - del artículo 1º de la Ley de 26 de noviembre de 1931 que modificaba el artículo 1º de la Ley de Ordenación Bancaria, texto refundido de 24 de enero de 1927.

#### b) Los sujetos.

Al contrario de lo que sucedía en el sistema del Centro Regulador de Operaciones de Cambios durante esta época varia el papel que representa uno de los sujetos: la Banca.

Por la Administración interviene el Centro. Pero por parte - del administrado el papel de la Banca ha disminuido ya que en el sistema anterior era ella la única facultada para actuar ante el Centro Regulador de Operaciones de Cambios y el Centro Oficial de Contratación de Moneda, y en cambio ahora no sucede así. La Banca privada continua teniendo el carácter de intermediaria entre el - Centro Oficial de Contratación de Moneda y los particulares (38), pero ya no desempeña este papel de forma exclusiva, puesto que las solicitudes pueden dirigirse al Centro o a través de la Banca o -



bien directamente (39).

c) Las funciones.

En el estudio de las mismas hemos de tener en cuenta que, al llevarse a cabo la fusión de los dos Centros, se le atribuyen al que resulta de esta fusión todas las funciones anteriores y se declara expresamente en vigor la legislación (40).

A la vista de esto hemos de distinguir dos tipos de funciones distintas. De una parte funciones policiales, de otra la fijación del tipo de cambio. La atribución de esta función es el primer indicio de que mediante la actuación del Centro Oficial de Contratación de Moneda durante este segundo período se consagra ya totalmente el régimen legal de control de cambios.

En cuanto a las funciones policiales hemos de distinguir dentro de ellas dos tipos distintos. De una parte las facultades de inspección y vigilancia, de otra la facultad de conceder autorizaciones para una serie de negocios jurídicos con un carácter completamente discrecional (41). Las facultades atribuidas en este texto suponen la adopción de un régimen intervencionista de pleno derecho que se intenta montar desde un punto de vista lo más amplio posible. Resultaría inútil efectuar aquí una enumeración preliminar y detallada de los negocios para los cuales era necesario obtener autorización del Centro (42). Bastones aducir por vía de ejemplos tan interesantes como la apertación de capital español : negocios en el extranjero y la adquisición de divisas para gastos de

turismo en una cuantía superior a 5.000 pesetas.

Más interesante todavía que estas facultades es la de llevar a cabo la fijación del tipo de cambio, notable por ser la primera vez que se atribuye expresamente a un órgano administrador de divisas y por ser interesante en cuanto precedente del Instituto Español de Moneda Extranjera que tiene atribuida actualmente dicha facultad. La publicación oficial del tipo de cambio fue atribuida al Centre por el artículo 14 del Decreto de 29 de mayo de 1931, si bien, a lo que parece se llevaba a cabo con carácter excepcional ya que, según la Ley de 26 de noviembre de 1931, esta facultad correspondería al Banco de España desde la fecha en que el Gobierno, legalmente autorizado, decretara el régimen legal del patron oro (43).

Aunque el ejercicio de estas funciones se vió alterado durante la guerra, ya que en la zona nacional existía el Comité de Moneda Extranjera, la liquidación definitiva del Centre Oficial de Contratación de Moneda, organismo que tuvo la más larga vida entre los antecedentes del Instituto Español de Moneda Extranjera, no se lleva a cabo definitivamente hasta la promulgación de la Ley de 17 de mayo de 1940.

#### 4) El Comité de Moneda Extranjera.

Para una mejor comprensión del sistema del Comité nos parece conveniente separar del examen pormenorizado del mismo la legislación sobre divisas durante la guerra civil en la zona nacional.

Sólo a la vista de ella se puede apreciar el régimen completamente excepcional y de emergencia dentro del cual desarrolló su actividad dicho Comité.

A) La legislación sobre divisas durante la guerra civil.

Nos referimos a la que se promulgó y estuvo en vigor en la zona nacional. Esta legislación va evolucionando del principio al final de la guerra hasta llegar a constituir un sistema férreo de intervención, ampliamente justificado por las circunstancias.

No hacía todavía un mes del comienzo de la guerra cuando se promulgó el Decreto de 15 de agosto de 1936, primera disposición sobre la materia, que prohíbe la venta de oro y billetes o valores de cualquier nación extranjera. Y tres meses después se regula ya, aunque de la forma incorrecta característica de las disposiciones de emergencia, la importación y exportación de billetes. Esta regulación la efectúa la Orden de 28 de noviembre de 1936 que además de regular la importación y la exportación de billetes del Banco de España, permite la importación de billetes extranjeros y prohíbe en cambio su exportación en cantidad superior al equivalente a 500 pesetas, salvo autorización de la Comisión de Hacienda (44).

Sin embargo la disposición que se puede considerar como punto de arranque de la evolución legislativa en materia de divisas dentro del régimen actual, es el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 que establece, para todas las personas físicas o jurídicas, la obli

gación de ceder al Estado la moneda extranjera que les pertenezca, obligándose el Estado a satisfacer el importe en pesetas a la cotización oficial (artículo 1<sup>o</sup>); obligación que se hace extensiva por otra parte a los intereses de los títulos e valores extranjeros.

La intervención se hace completa por medio de la prohibición de disponer de los saldos en pesetas existentes en cuentas a favor de titulares que residan en el extranjero (45), y mediante el control de las divisas introducidas en España por los turistas. Este control se verificaba por unas oficinas del Banco de España que existían en todas las aduanas fronterizas y que llevarían a cabo las operaciones sobre la base de los cambios oficiales con un "márgen prudencial" fijado precisamente por el Comité (46).

Dentro del marco de esta legislación interventora de emergencia, ni muy precisa ni muy exacta, llevé a cabo su actividad el Comité de Moneda Extranjera que pasamos inmediatamente a estudiar más de cerca.

#### B) Configuración jurídica del Comité de Moneda Extranjera.

Distinguiremos en su estudio la estructura orgánica de las funciones atribuidas. En ambas materias encontraremos ya antecedentes inmediatos y directos de la regulación actual del Instituto.

##### a) La estructura orgánica.

Dentro de ella será preciso estudiar la dependencia jerárqui

ca y la organización interna, que se vieron afectadas ambas por las sucesivas reorganizaciones de que fue objeto el Comité.

En cuanto a la dependencia las reorganizaciones afectaron a este órgano a medida que se iba produciendo la delimitación de la administración del nuevo Estado. Así, en un primer momento, el Comité está agregado a la Comisión de Hacienda de la Junta Técnica del Estado (47). Después se considera como un servicio estatal dependiente directamente del Ministerio de Hacienda (48), especificándose posteriormente que esta dependencia se hace efectiva a través del Jefe del Servicio Nacional de Banca, Moneda y Cambio (49).

En cuanto a la organización se pasa de un primer momento en que está constituido por un órgano colegiado únicamente, a otro posterior el que, junto a este, aparece un órgano ejecutivo. En efecto, el Decreto de creación de 18 de noviembre de 1936 configuraba el Comité como un órgano colegiado formado por cinco miembros: un miembro de la Comisión de Hacienda como Presidente, un técnico en cambios, un técnico en comercio exterior, un representante de la Banca, y un técnico en Bolsa (50). Posteriormente el Decreto de 21 de abril de 1938 altera la composición del órgano deliberante que queda integrado por el Jefe del Servicio Nacional de Banca, Moneda y Cambio como Presidente, un representante de la Vicepresidencia del Gobierno, el Presidente de la Comisión Reguladora de Comercio Exterior, y el Director del Comité, actuando de Secretario sin voto el Subdirector (51).

Este mismo Decreto crea el órgano ejecutivo: la administración del Comité bajo la dependencia del Director, auxiliado por un Subdirector, si bien posteriormente se determinó que los Subdirectores serían dos (52). El citado Decreto decía por otra parte que el órgano ejecutivo del Comité estaría integrado por las Secciones necesarias. Sin embargo posteriormente la organización se llevó a cabo por Negociados en virtud de la Orden de 15 de junio de 1938 que además regulaba detalladamente las facultades de los superiores jerárquicos del Comité y del Director del mismo.

Según dicha Orden el órgano ejecutivo del Comité debía estar integrado por los Negociados siguientes:

- Secretaría.
- Operaciones.
- Caja.
- Contabilidad.
- Correspondencia.
- Valores.
- Estadística.
- Investigación y Represión.

Y se especificaba que, excepte el último los demás Negociados funcionarían al uso e estilo bancario, precepto que se transcribió en el Decreto de 24 de noviembre de 1939 que aprobaba los Estatutos del Instituto Español de Moneda Extranjera y que nos - planteará algunos problemas durante los capítulos siguientes.

b) Las funciones atribuidas.

En este punto concreto se aprecia mejor que ningún otro el carácter de órgano provisional del Comité de Moneda Extranjera, ya que, aunque las facultades se debían extender necesariamente a la totalidad de la gestión realizada por el Estado en materia de divisas (y en aquellos momentos era el Estado el único que podía actuar), lo cierto es que las funciones eran vagas y mal delimitadas no alcanzando ni mucho menos la perfección y la exhaustividad de las atribuidas al Centro Oficial de Contratación de Moneda.

Las estudiaremos sobre la base de las atribuidas por el artículo 2º del Decreto de creación, que fueron desarrolladas después en las reorganizaciones del Comité que se llevaron a cabo. El citado Decreto de creación atribuía al Comité la facultad de someter a la Comisión de Hacienda propuestas sobre normalización del comercio de divisas. Esta facultad se especificó posteriormente (53) atribuyéndosele el estudio de la distribución más conveniente de las divisas disponibles para importaciones por medio de cupos, y la fijación mensual de dichos cupos.

También se le atribuía la centralización del comercio de divisas al principio provisionalmente y después de modo definitivo (54). Esta facultad vaga y amplísima se traducía en la necesidad de obtener del Comité una autorización para realizar cualquier negocio jurídico en materia de divisas, entendidas estas en un sentido muy amplio. Se especificó sin embargo la necesidad de autori

zación para los movimientos de saldos en pesetas existentes a favor de residentes en el extranjero (55).

Por último hemos de referirnos también a la importante función de la publicación del tipo oficial de cambios que debería aplicarse por las oficinas radicadas en las aduanas fronterizas con un "margen prudencial" en las operaciones de divisas realizadas como consecuencia de la entrada de turistas en España.-



N O T A S

- (1) Para ello v. los dos libros de OLARIAGA, La política monetaria en España, Madrid, 1933, y, La intervención en los cambios, Madrid, 1929.
- (2) DE MIGUEL, Ordenación del comercio y divisas en España, - Aguilar, Madrid, 1952, pág. 227.
- (3) V. en este sentido la disposición XIIª apartado A, nº 1, del Real Decreto de 12 de febrero de 1922.
- (4) V. supra, parte II.
- (5) Para el desarrollo de la misma nos atenemos a lo expuesto en, ¿Qué causas determinan el cambio de la peseta?, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960, págs. 23 y sigs.
- (6) V. artículo 1º del Real Decreto-ley citado.
- (7) V. artículo 4º del Real Decreto-ley fundacional.
- (8) V. artículo 2º.
- (9) ¿Qué causas determinan el cambio de la peseta?, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960, pág. 24.
- (10) ¿Qué causas, etc.?, cit., pág. 25. V. especialmente el apartado que lleva por título "La verdad de una polémica".
- (11) Artículo citado, pág. 26.
- (12) Manejamos datos del artículo, La intervención monetaria y el comercio de divisas en España, Bancaria, Madrid, mayo de 1936. Este artículo ha sido puesto amablemente a nuestra disposición por Don José Piera Labra de la Secretaría General -

Técnica del Ministerio de Comercio.

- (13) V. en este sentido la Exposición de Motivos de la Real Orden de creación.
- (14) V. Exposición de Motivos de la Real Orden de creación.
- (15) V. artículo 1º de la misma Disposición.
- (16) V. artículo 1º.
- (17) V. artículo 2º.
- (18) V. artículo 3º de la Real Orden de 14 de julio de 1930.
- (19) V. artículo 5º de la Real Orden de 10 de enero de 1931.
- (20) V. artículo 2º de la Real Orden de 14 de julio de 1930.
- (21) V. artículo 1º de la Real Orden de creación.
- (22) V. artículo 1º de la Real Orden de 16 de agosto de 1930.
- (23) Así lo designaba el artículo 1º de la Real Orden de 6 de septiembre de 1930.
- (24) WAIS, Una experiencia sobre moneda y cambio, Madrid, 1933, pág. 100.
- (25) Es curioso observar que, a pesar de los juicios adversos de los técnicos, la opinión pública dispensó una acogida extraordinariamente favorable a la creación del Centre esperando que se evitarían así las maniobras especulativas. En este sentido WAIS, ob. cit., pág. 105.
- (26) V. en este sentido los artículos 1º y 7º de la Real Orden de 30 de septiembre de 1930. Posteriormente su suprimió la colaboración del Banco Exterior, agradeciéndole los servicios prestados, y quedando integrado el Centre únicamente por el Tesoro y el Banco de España. V. en este sentido el artículo

1º del Real Decreto de 30 de diciembre de 1930.

(27) Artículo 5º de la Real Orden de 6 de septiembre de 1930.

(28) Artículo 7º de la misma Real Orden.

(29) Artículo 2º del Real Decreto de 30 de diciembre de 1930.

(30) Artículo 6º.

(31) Artículo 3º de la Real Orden de 6 de septiembre de 1930.

(32) Artículo 4º de la Real Orden de 30 de septiembre de 1930.

(33) Artículo 2º de la Real Orden de 6 de septiembre de 1930.

(34) Artículo 4º de la Real Orden citada de 30 de septiembre de 1930.

(35) V. artículo 2º.

(36) V. artículo 6º.

(37) V. artículo 5º.

(38) V. artículo 10º del Decreto de 29 de mayo de 1931.

(39) V. artículo del Decreto antes citado.

(40) V. artículo 3º de la Orden de 21 de mayo de 1931.

(41) V. el artículo 7º del Decreto de 29 de mayo de 1931.

(42) V. el artículo 6º del Decreto antes citado.

(43) Párrafo adicionado al artículo 1º de la Ley de Ordenación - Bancaria, texto refundido de 24 de enero de 1927.

(44) V. en este sentido los artículos 3º y 4º de la Orden citada.

(45) V. el Decreto de 5 de julio de 1937.

(46) En este sentido los artículos 1º y 2º de la Orden de 6 de - octubre de 1937.

(47) Artículo 1º del Decreto de creación de 18 de noviembre de - 1936.

- (48) Artículo 1º del Decreto de 21 de abril de 1938.
- (49) Artículo 4º de la Orden de 15 de junio de 1938.
- (50) V. artículo 1º.
- (51) Artículo 4º.
- (52) Artículo 5º de la Orden de 15 de junio de 1938.
- (53) V. el Decreto de 21 de abril de 1938.
- (54) V. artículo 3º de la Orden de 15 de junio de 1938.
- (55) Artículo 1º del Decreto de 5 de julio de 1937 y artículo -  
3º de la Orden de 15 de junio de 1938.-

## C A P I T U L O II.

### LOS ORGANISMOS INTERVENTORES.- NATURALEZA JURIDICA DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA.

Entramos en este capítulo en el examen de las cuestiones más importantes que se plantean en esta parte IV y que excluido el estudio general de la Administración económica constituyen el punto clave de las restantes.

Ahora bien, no queremos limitarnos a afectar, pura y simplemente, una caracterización jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera, pues este ya se ha llevado a cabo en líneas generales por la doctrina actual. Hay que tener presente que para el conocimiento de una institución no basta con el encauadramiento de la misma en el esquema técnico-conceptual previamente elaborado. Es necesario examinar de cerca las peculiaridades existentes y averiguar si el esquema las comprende todas ellas. Por otra parte sucede a veces que el mismo esquema tiene una serie de puntos constantemente revisados por no existir un acuerdo universal y pacíficamente aceptado sobre los mismos; y estas indecisiones repercuten en una indeterminación que afecta a las realidades encuadradas en el esquema previo.

En las páginas que siguen intentaremos llevar a cabo un estudio de todas estas realidades en cuanto repercuten en la situación

y régimen jurídico del Instituto Español de Moneda Extranjera.

1) Precedentes en Derecho comparado.

No está en nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de todos los organismos que ejercen o han ejercido una acción interventora sobre el cambio, o a los cuales se ha encomendado la administración de divisas. Estudiada en el capítulo precedente la evolución histórica de estas actividades en España y los diversos organismos a quienes se les encomendaron, es necesario proceder con un criterio pragmático y referirse únicamente a las situaciones jurídicas de otros países, que, por semejanza, por contraste, o por ambas razones sean útiles en cuanto a su estudio para la comprensión de la ordenación legal española.

Estos caracteres se dan, principalmente, en la legislación jurídico-positiva italiana (1). En Italia el organismo encargado del control de cambios fue durante muchos años el Instituto Nazionale per i cambi con l'estero, creado en 1917 para instaurar, en relación a las exigencias manifestadas en el curso de la Primera Guerra Mundial, un control de los tráficos y pagos que se efectuaran en el exterior. Al Instituto sucedió el Ufficio italiano dei cambi creado por Decreto de 17 de mayo de 1945 que subsiste actualmente y que presenta por tanto mayor interés para nuestro estudio. Notese bien que independientemente de su actuación posterior, ambos organismos son creados o durante un conflicto bélico o a raíz inmediata de su terminación lo que constituye una

notable diferencia respecto al origen de la intervención en España (2).

Pero sigamos ocupándonos del Ufficio italiano del cambi. El artículo 1º del citado Decreto de creación de 17 de mayo de 1945 establece que el Ufficio es un instituto de Derecho público y que tiene personalidad jurídica y gestión autónoma, fórmula similar a la que suele emplearse en España cuando se crean los Institutos Nacionales, y a la que se empleó concretamente al crear el Instituto Español de Moneda Extranjera en el artículo 4º de su Ley fundacional de 25 de agosto de 1939.

Claro es que la fórmula legal de caracterización jurídica no da siempre base suficiente para resolver de forma incontrovertible todas las cuestiones que puedan plantearse. Así el Consiglio di Stato en su "parere" de 15 de junio de 1960 ha tomado posición sobre una serie de importantes cuestiones en relación con el organismo que nos ocupa. La decisión del Consiglio aparece ilustrada con una serie de consideraciones a las que tendremos ocasión de referirnos después, pero sobre todo, y este es, por ahora, lo que nos interesa más, partiendo de la premisa que el Ufficio - tiene una personalidad jurídica propia, niega que se trate al mismo tiempo de un órgano de la Administración del Estado porque:

- 1.- Tiene bienes propios.
- 2.- No está encuadrado en ningún Ministerio.
- 3.- Está sometido simplemente a la vigilancia del Ministerio de Hacienda (3).

Pedemos deducir per tanto de la situación italiana una serie de hechos que nos resultarán útiles. Destaquemos en primer lugar que está sometido a la vigilancia del Departamento de Hacienda no constituyendo per tanto, como sucede en España, un instrumento de la política comercial. Pero además nos interesa destacar que, a pesar de no estar encuadrado en la ordenación jerárquica de la Administración del Estado, se ha planteado el problema de si puede considerarse como un órgano de la misma y se ha dado a esta cuestión una respuesta negativa.

## 2) La confusión en torno a su naturaleza jurídica.

Creemos que el epígrafe merece unas líneas explicativas. En principio resulta fácil llevar a cabo una calificación jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera incluyéndolo dentro del marco de la descentralización funcional. En este sentido ha precedido la doctrina española cuando ha dedicado su atención al organismo que nos ocupa. Pero la perspectiva ha de ser necesariamente distinta cuando se toma al Instituto como objeto central del estudio y no como caso que ejemplifica de pasada una teoría general (4).

Claro es que nosotros no podemos per menos de averiguar si el Instituto Español de Moneda Extranjera tiene personalidad jurídica y si debe incluirse en el marco de la descentralización funcional; pero además de esto nos interesa también saber que relaciones mantiene este organismo con la Administración directa del



Estado, pues a la vista de nuestra legislación positiva, desordenada y de escasa calidad técnica por lo que al Instituto se refiere, existen los elementos suficientes para que se pueda pensar que el Instituto Español de Moneda Extranjera, además y al mismo tiempo que una persona jurídica, es un órgano de la Administración del Estado, y en todo caso es necesario dar una respuesta satisfactoria a los problemas planteados en torno a la relación existente con la Administración directa.

Precederemos, pues, por partes para resolver esta serie de problemas. Así expondremos primero la legislación española mostrando de la serie de razones que pueden inducir a confusión, para examinar después la calificación del Instituto como persona jurídica pública y abordar inmediatamente la importante cuestión de las relaciones que mantiene con la Administración directa del Estado.

En cuanto al primero de los tres puntos señalados creemos que en la posible confusión en torno a la naturaleza jurídica del Instituto intervienen tres factores: los caracteres inherentes a su personalidad, los rasgos específicos de su derecho estatutario, y el régimen jurídico de su actividad.

A) Por los caracteres inherentes a su personalidad.

Si nos atenemos a lo dispuesto en las normas fundacionales (Ley de 25 de agosto de 1939 y Estatutos de 24 de noviembre del mismo año) no tendremos más remedio que reconocer que el Instituto tiene personalidad jurídica. Pero reconocer esto, aunque sea -

basándose exclusivamente en un argumento legalista, no significa que hayamos agotado el problema. Todavía pueden plantearse a este respecto una serie de cuestiones a causade los caracteres inherentes a la personalidad de las administraciones autónomas en España, y de los rasgos peculiares de la personalidad del Instituto.

Un examen del primer punto debe partir de la afirmación formulada por CLAVERO (5) según el cual la aparición de las administraciones autónomas obedece a un intento de huida o evasión del Derecho administrativo general, para el cual se utiliza el mecanismo de la personalidad jurídica. Lo evidente de la afirmación anterior ha hecho necesaria la aparición de un derecho general de las administraciones autónomas, dirigido a poner a un límite a ese intento de evasión y constituido en España en cuanto a las administraciones autónomas estatales por la Ley de 26 de diciembre de 1958. Esta, más preocupada de arbitrar un sistema de control financiero de estas entidades que de calificarlas de un modo preciso, deja una puerta abierta a la confusión al afirmar en el párrafo 2º de la Exposición de Motivos que no se trata en este caso de personas independientes del Estado mismo aunque les esté atribuida la personalidad jurídica. De una forma más explícita - se expresa, ya dentro del texto, el artículo 8º, según el cual - el régimen de descentralización no implica la desvinculación de los Departamentos ministeriales, los cuales tendrán en relación a ellos (los Organismos Autónomos) las funciones que se les asignen

en la presente Ley y las que les correspondan según las disposiciones de carácter especial por las que cada uno de ellos se rija. Con esto se plantea la cuestión de si la personalidad jurídica de estas entes no es obstáculo para que se les considere al mismo tiempo como órgano, ya que la dependencia existente puede tratarse de una dependencia jerárquica.

Pero este problema se agrava en relación con el Instituto Español de Moneda Extranjera, planteandose ya en la misma Ley fundacional. No obstante haberse dotado al Instituto de personalidad jurídica (artículo 4) y habersele atribuido la competencia en materia de divisas (preámbulo, y artículos 7 y 8) se le hace depender del Ministerio de Industria y Comercio entonces existente (artículo 4) y se atribuye la competencia en el ramo de divisas a este Ministerio (artículo 1º).

Esta situación no ha sido esclarecida sino que se ha hecho más confusa a través de las sucesivas reorganizaciones de que el Instituto ha sido objeto. Así la Ley de 9 de noviembre de 1939 le hacía depender de la Subsecretaría de Comercio y Política Arancelaria y no del Ministro, dándole el tratamiento de un órgano de la Administración; y el Decreto-ley de 21 de noviembre de 1947 le hacía depender "técnicamente" de la Subsecretaría de Economía Exterior. Sólo por último el Decreto-ley de 8 de noviembre de 1952 le sometía directamente a la dependencia del Ministro.

B) Por los rangos específicos de su derecho estatutario.

La situación se complica todavía más en el caso que contem -

planes pues el Institute, a causa de la importante misión que se le ha confiado en cuyo cumplimiento intervienen factores políticos y técnicos, constituye, podíamos decir, un caso aparte respecto a las líneas generales del ordenamiento jurídico positivo español.

Según CLAVERO pueden afirmarse dos criterios en torno al derecho aplicable a las administraciones autónomas. En primer lugar la regla de la preferencia del Derecho general de estas administraciones sobre el derecho estatutario de las mismas (6). En segundo lugar que, no obstante la inaplicación de principio del Derecho estatal, pueden establecerse las tres puntuaciones siguientes:

1.- Existen disposiciones de carácter objetivo que regulan instituciones y servicios con independencia de la Administración que las utiliza, y que son aplicables a las administraciones autónomas. Se cita como ejemplo la Ley de Expropiación Forzosa.

2.- Existen normas de derecho estatal que consagran expresamente su aplicación supletoria con relación a las administraciones autónomas. El ejemplo elegido en este caso es la Ley de Procedimiento Administrativo.

3.- Existen normas de derecho estatal que se aplican a las Administraciones autónomas por remisión expresa que a las mismas hace el Derecho general de las referidas Administraciones (7).

Coincidimos con CLAVERO en cuanto al planteamiento general -

que hace. Sin embargo la aplicación del esquema elaborado nos demostrará que el derecho estatutario del Institute escapa incluso a estos límites mínimos. En efecto, en cuanto a la aplicación del derecho general de las Administraciones autónomas con carácter preferente, basta recordar que la misma Ley de 26 de diciembre de 1958, en su artículo 5º, exceptúa de su aplicación al Institute - en cuanto a las operaciones técnicas que este tenga a su cargo, - lo que, a más de suponer una exclusión, crea una notable confusión por la dificultad de delimitar las operaciones técnicas de las que no lo son.

Por otra parte y en cuanto a la aplicación del Derecho administrativo común también se encuentra exceptuado el Institute de las supuestas contempladas en las puntualizaciones de CLAVERO, Precisamente la Ley de Expropiación Forzosa, exceptúa de su aplicación las ventas forzosas reguladas por la legislación sobre divisas (artículo 1, 2); y el Decreto de 10 de octubre de 1958 que enumeraba los procedimientos excluidos de la aplicación de la Ley de 17 de octubre de 1958 exceptuado en el apartado 23 de su artículo 1º el procedimiento referente a las actividades bancarias del Institute.

C) Por el régimen jurídico de su actividad.

Pero aunque no se produjera esta exclusión de los textos legales citados sería bastante para crear la confusión la misma actividad que desarrolla el Institute; pues por una parte los actos de administración de divisas están sometidos a regímenes jurídicos -

distintos y por otra al Instituto Español de Moneda Extranjera no sólo se le ha atribuido la administración de divisas.

Efectivamente, dentro de la administración de divisas, el Instituto realiza actas sometidas a un régimen jurídico privado junto a las actas sometidas al régimen jurídico público (8); y - además de esto lleva a cabo actividades tan importantes como la publicación oficial del tipo de cambio (artículo 5º del Decreto - de 24 de noviembre de 1939) y las relaciones con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y - Desarrollo (artículo 8º del Decreto-ley de 4 de julio de 1958). - Pero junto a estas funciones existen otras encomendadas posteriormente al Instituto. Así la Ley de 31 de diciembre de 1941 le confiaba al Servicio de Tesorería en el exterior. Con esto nos encontramos que este organismo al que se otorga personalidad jurídica para que realice una función determinada (la administración de divisas) realiza además de esta otras que no se refieren directamente al cumplimiento de la función primitiva.

### 3) Naturaleza jurídica del Instituto Español de Moneda Extranjera.

A la vista de los elementos anteriores podemos examinar ya el problema de la naturaleza jurídica del Instituto estudiando su consideración como persona jurídica, su encuadramiento en la clasificación general de las personas jurídico-públicas, y, en un epígrafe aparte a causa de la importancia de los problemas que se plantean, las relaciones que mantiene con la Administración directa -

del Estado.

A través de las líneas que siguen hemos de tener presente - la afirmación de GIOVANNI DE FRANCO que nos parece oportuno recordar aquí: "En materia de entes públicos de carácter económico estamos habituados a una técnica legislativa no ciertamente refinada sobre la cual no se comprende bien si tiene mayor influencia el desorden de los tipos y de las soluciones adoptadas por el legislador (GIANNINI, agudamente, habla de un principio general ... de confusión), o la inexactitud de la terminología" (9).

A) El Instituto Español de Moneda Extranjera es una persona jurídica pública.

Para probar la afirmación que se contiene en el epígrafe expendremos unos puntos de vista previos sobre la teoría de la personalidad jurídica, examinaremos los criterios que se emplean para su caracterización, y, por último, veremos como se dan en el Instituto las notas inherentes a las personas jurídicas públicas.

a) Puntos de vista previos sobre la teoría de las personas jurídicas públicas.

Al estudiar el concepto de persona jurídica refiriéndole a los entes de Derecho público GARRIDO (10) se plantea el problema de si la personalidad jurídica es una realidad del mundo o es simplemente una ficción técnico-jurídica. Tomar postura decididamente por una de las dos soluciones sería desconocer la que sucede en el mundo del Derecho. Es necesario por el contrario enfrentar-

se a la realidad y examinar los supuestos que esta ofrece.

Según GARRIDO estos supuestos son los siguientes:

- a) personalidades jurídicas reconocidas por el Derecho positivo como tales y cuyo *systratum* sociológico representa un verdadero centro de intereses distinto y autónomo.
- b) centros de intereses, instituciones e incluso personas individuales (los esclavos del Derecho romano) que no son tratados por el ordenamiento jurídico como personas.
- c) personas jurídicas reconocidas como tales por el Estado - pero que no hacen referencia a centro alguno de intereses distintos de los propios del Estado (la mayor parte de los que constituyen la descentralización funcional) (11).

Como puede observarse el núcleo de la cuestión consiste en que exista o no un verdadero centro de intereses. Estimamos que, a efectos del tema que nos ocupa, podemos prescindir del segundo supuesto no obstante su utilidad en orden a demostrar que la existencia de un centro de intereses independientes no lleva inherente la atribución de la personalidad jurídica.

Dejando aparte este el hecho es que se atribuye la personalidad jurídica a entes que representan verdaderos centros de intereses como a entes que no lo son. Es a este problema al que debe encontrar una solución la ciencia del Derecho mostrando que es verdaderamente la gran unidad dialéctica de lo sociológico y lo normativo (12).



En realidad no existe ninguna cuestión grave en el primer supuesto. Se trata simplemente de reconocer una realidad. En este caso nos encontramos cuando el ordenamiento atribuye personalidad jurídica a los municipios. La personalidad se otorga respondiendo a una exigencia que dimana de la propia esencia de estos centros de intereses (13).

Pero no siempre suceden así las cosas. En otros casos el legislador no responderá a las exigencias de la realidad sino que obrará, por la utilidad que de esto dimana, como si nos enfrentásemos con una determinada realidad. Nos encontramos entonces ante los casos que pudieramos llamar de ficción que, a pesar de su nombre, hacen referencia a una realidad técnico-jurídica (14). Según GARRIDO (15) de esta forma nos encontramos con que disponiendo del concepto técnico-jurídico de la personalidad jurídica se encuentra explicación a aquel grupo e) de personas jurídicas que dejamos señalado.

Es muy necesario tener presente lo que antecede pues sólo advirtiéndolo que no estamos en presencia de una personalidad jurídica que responde a la realidad sino de una personalidad jurídica - ficción útil, comprenderemos los puntos de vista desde los cuales han de enfocarse las cuestiones que debemos estudiar.

#### b) Criterios para reconocer las personas jurídicas públicas.

El primero de estos problemas consiste en saber si el Instituto Español de Moneda Extranjera tiene personalidad jurídica. Pa

ra responder a esta cuestión no basta remitir a los textos legales que atribuyen personalidad al Institute. Es necesario, a más de referirse a la legislación, averiguar que criterios deben manejarse para reconocer las personas jurídicas públicas e investigar si el organismo que se estudia responde a las características exigidas.

Al enfrentarnos con el primer problema nos encontramos ante una de las cuestiones especialmente debatidas en la literatura jurídica administrativa. A nuestro juicio esta polémica se debe a que no se ha efectuado una distinción, que a nosotros nos parece indispensable, entre el concepto de persona jurídica-pública y los criterios para reconocerla. Se hace preciso por tanto partir de unos puntos de vista previos sobre la cuestión y adoptar una posición en torno al concepto de estas personas jurídicas.

Podemos afirmar con MIELE (16) que no puede fraccionarse el concepto de persona jurídica ya que la personalidad jurídica es única y no es ni de derecho público ni de derecho privado, ya que ser persona jurídica significa ser destinatario de normas jurídicas, titulares de derechos y obligaciones que derivan mediata e inmediatamente de estas normas, y la personalidad se extiende a relaciones de derecho público y a relaciones de derecho privado en una medida que varía de sujeto a sujeto, de categoría a categoría.

Este punto de vista no puede por menos de resultarnos extraordinariamente útil ya que con arreglo a él la distinción entre personas jurídicas privadas y personas jurídicas públicas no pasa de

ser una denominación convencional que sirve para designar a los entes encuadrados en la organización de la Administración directa e indirecta del Estado, e a los que están fuera de ella (17). Y una vez sentadas estas premisas el concepto va de por sí. Son personas jurídicas públicas las que se encuentran en una relación particular de derecho público con la Administración directa e indirecta del Estado, desenvolviendo al servicio de este una actividad que entra en la propia esfera de la competencia material.

Operando sobre la base de la afirmación anterior podemos entrar ya en el examen de los diversos criterios manejados por la doctrina para reconocer las personas jurídicas públicas. El criterio tradicionalmente empleado, al que se dirigen unánimemente las críticas, es el de los fines públicos e privados que persigan los entes. Apartándose del modo tradicional de entender el fin, GASPARRI utiliza este criterio, entendiendo por fin público el consistente en disciplinar un interés público en el sentido de un interés colectivo de categoría (18). Nosotros no podemos por menos que rechazar el criterio, entendiéndolo en cualquiera de los dos sentidos, ya que en el primer caso es evidente que el fin público puede ser satisfecho también por una persona jurídica privada, y en el segundo volvemos a encontrarnos con el problema, puesto que GASPARRI, a más de admitir las dificultades que supone en la práctica la aplicación de su teoría, no nos da ninguna orientación en torno a lo que debe entenderse por interés colectivo de categoría.

Otro criterio propuesto por la doctrina ha sido el de la utilización de prerrogativas de poder público. Quizás hubiera servido el punto de vista en otra época, pero no en esta en que la Administración utiliza constantemente el cauce jurídico del derecho privado. Y por esta misma razón es necesario rechazar el punto de vista de los que buscan el criterio distintivo exclusivamente en la creación e ingerencia estatal. La simple existencia del título III de la Ley de 26 de diciembre de 1958, que regula las llamadas empresas nacionales sometiénolas a un régimen jurídico privado, basta para rechazar la aplicación válida de este criterio en derecho español (19).

Una teoría más original es la que construye GIANNINI partiendo del concepto de "munus". Para el autor citado el "munus" es el sustrato de un interés de otro, bien de una persona determinada, bien de la pluralidad de sujetos que componen el ordenamiento (20). Cuando el "munus" es público refleja el interés de una colectividad (21). Partiendo, como decimos de este concepto, considera GIANNINI que estamos en presencia de una persona jurídica pública cuando a una persona jurídica de derecho común se le atribuye o se le impone un "munus" público, pero de manera tal que la personalidad de derecho común prevalece sobre el "munus" público de tal forma que aun desapareciendo este último seguiría existiendo la personalidad jurídica (22). Es claro que no podemos aceptar tampoco esta posición porque el supuesto que contemplamos constituye un rotundo mentis a la teoría. En el caso del Instituto Español de Moneda Extranjera la personalidad jurídica se ha otorgado para el

cumplimiento de un fin y sería inconcebible que, una vez desaparecido este, siquiera existiendo la personalidad jurídica.

En vista de la insuficiencia de los criterios anteriores un sector de la doctrina, representado en Italia por ZANOBINI, y en España por GARCIA TREVIJANO intentan hallar una noción útil en la combinación de dos criterios (23). Para ZANOBINI (24) son personas jurídicas públicas las que forman parte de la Administración pública, desarrollando una actividad colateral y subsidiaria a la del Estado y contribuyendo a la consecución de los fines de este. GARCIA TREVIJANO en cambio centra la diferencia en dos puntos: el encuadramiento en la organización pública general y la forma de asociativa del ente (25).

Para nosotros las dos posturas son inaceptables. La de ZANOBINI porque supone remitir una vez más al criterio del fin. Pero sobre todo, y esta crítica vale también para la teoría formulada por GARCIA TREVIJANO, porque ambas posiciones parten de la combinación de dos criterios, uno de los cuales (el encuadramiento en la organización administrativa) nos parece insuficiente.

La afirmación anterior requiere la formulación de una precisión en torno a la misma. El criterio del encuadramiento en la organización administrativa, defendido en España por GARRIDO (26), nos parece totalmente válido, pero no suficiente, en cuanto supone que nos encontremos en la necesidad de afrontar un nuevo problema: el de saber cuando la persona jurídica pública está verdaderamente encuadrada en la organización administrativa. Sólo una

vez resuelta esta cuestión estaremos en posesión del criterio que busquemos.

En Italia mantiene una postura parecida a la nuestra ALESSI (27) para quien estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización administrativa cuando se dan los tres síntomas siguientes:

- 1.- Goce de la potestad de imperio atribuida por el Estado y ejercicio de tales poderes en nombre propio del ente.
- 2.- Creación del ente por iniciativa directa del Estado hacia el Estado.
- 3.- Obligación de cumplir el fin en conexión con el control del Estado dirigido a asegurar este cumplimiento.

Para ALESSI (28) no es necesario que concurren los tres síntomas bastando con que se dé uno de ellos. Nosotros opinamos en contrario basándonos en las características de nuestro derecho positivo, pues la admisión de uno solo de los tres criterios invalidaría totalmente nuestra posición. Notese bien la diferencia existente entre considerarlos como únicos válidos a cada uno de ellos o exigir la presencia de todos. En el primer caso es claro que podrían aplicarse las críticas hechas a los dos primeros criterios. Sólo de la concurrencia de los tres puede resultar un punto de vista de plena validez. Afirmar que es necesaria la existencia de prerrogativas de poder público o que es necesario la creación estatal sería insuficiente. Los criterios son únicamente válidos si

se dan conjuntamente con el tercero. Pero este último tampoco sería suficiente de por sí puesto que el Estado podría muy bien, mediante el simple poder de vigilancia sobre las personas jurídicas, controlar el cumplimiento de los fines de una persona jurídica privada.

e) El Instituto Español de Menada Extranjera presenta los caracteres exigidos.

Aunque, como hemos dicho antes, no basta una referencia a la legislación para dar por resuelto el problema de la personalidad jurídica del Instituto, tampoco está de más que los textos legales, concretamente el artículo 4º de la Ley fundacional y el artículo 1º de los Estatutos, atribuyen al Instituto Español de Menada Extranjera personalidad jurídica.

Pero no es este lo que nos ha de servir de apoyo básico en orden a nuestro estudio. Se trata por el contrario de averiguar si se dan en el Instituto los tres requisitos a que nos hemos referido más arriba, pregunta a la que es necesario responder afirmativamente.

En efecto, en cuanto al primero de los tres requisitos se cumple plenamente ya que el Instituto puede dictar, y de hecho dicta normas de carácter general, rango inherente al ejercicio de una potestad de imperium. En cuanto al requisito de la creación estatal no puede haber duda alguna. El Instituto fue creado por Ley de 25 de agosto de 1939. Por último, en cuanto al tercer requisi-

te, obligación de cumplir los fines asegurada mediante el ejercicio de un control por parte del Estado, basta que recordemos que según los textos legales el Instituto depende del Ministerio de Comercio. Y si bien este último es un punto cuestionable en cuanto plantea el problema de las relaciones con la Administración central en el que entraremos después, no cabe duda de que resulta suficiente para comprobar la existencia de un control.

Podemos, por tanto, concluir afirmando que el Instituto Español de Moneda Extranjera es una persona jurídica pública ya que

- 1.- Sus textos fundacionales le atribuyen la personalidad jurídica.
- 2.- Cumple los requisitos necesarios para que pueda hablarse del encuadramiento en la organización administrativa, - criterio básico para el reconocimiento de la existencia de una persona jurídica pública.

B) El Instituto Español de Moneda Extranjera es un caso de descentralización funcional.

El desarrollo del presente epígrafe demostrará que es necesario incluir al Instituto dentro del marco de la Administración institucional, y, más concretamente, dentro de lo que se conoce por - la doctrina española con el nombre de descentralización funcional. Sobre esto, por otra parte, existe un acuerdo pacífico de la doctrina (29). Parece obligado sin embargo profundizar en el estudio de la cuestión a tratar de averiguar si el Instituto Español de



Moneda Extranjera reúne los requisitos exigidos para que la descentralización funcional se de.

a) Requisitos necesarios para que exista descentralización funcional.

Ya hemos expuesto más arriba siguiendo a GARRIDO, los tres casos que pueden darse respecto a la atribución de personalidad jurídica y veíamos entonces que el núcleo de la cuestión se centra en torno al hecho de que exista o no un verdadero centro de intereses, un *substratum sociológico* al cual se le reconozca una personalidad jurídica que ya tiene de por sí. Pues bien, la descentralización funcional responde al tercero de los casos enumerados, este es, a aquel en el que no existe un verdadero centro de intereses distintos del Estado, ya que se trata en este caso de crear un ente al que se le encomienda el cumplimiento de una función estatal. De este modo la inexistencia de un centro de intereses se presenta como criterio básico para reconocer la existencia de la descentralización funcional (30).

Pero esto no debe bastarnos. Pues si bien es cierto que la descentralización funcional lleva siempre consigo una ausencia de *substratum asociativo*, esto no tiene que significar forzosamente que todos los supuestos en los que no exista un *substratum sociológico* sean casos de descentralización funcional. Es necesario por tanto referirse a otro elemento, el procedimiento de creación que nos suministrará los datos necesarios. En este sentido dice GARRIDO que: "La descentralización funcional se realiza a través

de órganos que se desgajan de la administración directa mediante el procedimiento técnico-jurídico de la concesión de la personalidad jurídica a entes institucionales de carácter formalmente fundacional. De esa caracterización deriva también el criterio práctico para el descubrimiento de entidades fundacionalmente descentralizadas" (31).

De aquí puede deducirse la exigencia de las notas de creación estatal y carácter fundacional, a las que GARRIDO añade posteriormente las de la finalidad, que consiste en la creación de un organismo ágil realizador de una determinada función estatal, la de que el ente sea un organismo estatal, y la de que exista una intervención económica y contable al margen de la que normalmente se ejercita en la administración directa del Estado (32).

Veamos si se dan estas características en el Instituto Español de Moneda Extranjera.

b) El Instituto Español de Moneda Extranjera cumple los requisitos exigidos.

Tratemos de probar la afirmación que antecede. No cabe duda de que el Instituto no encubre un verdadero centro de intereses distinto del Estado mismo. Pues lo cierto es que la administración de las divisas no lleva ni puede llevar consigo la existencia de intereses distintos de los de la comunidad política total. Antes al contrario, siendo el Instituto Español de Moneda Extranjera, o, mejor dicho, la gestión que realiza, un simple instrumento de la -

política comercial estatal, resulta indudable que no existe en este caso un centro de intereses anterior al que el ordenamiento se haya limitado a reconocer una personalidad jurídica que le era inherente.

Igualmente se dan en el Instituto las restantes notas que ha señalado la doctrina. No cabe duda alguna en torno al requisito de la creación estatal. El Instituto fue creado por Ley de 25 de agosto de 1939 y mediante esta Ley no se hacía más que desgajar de la Administración central un órgano de la misma, el Comité de Moneda Extranjera, caracterizado por el Decreto de 21 de abril de 1938 como "un servicio estatal directamente dependiente del Ministerio de Hacienda" (33).

El carácter fundacional aparece también claro ya que el artículo 5º de la Ley de 25 de agosto de 1939 le asignaba para que llevase a cabo su gestión los beneficios obtenidos hasta entonces por el Comité de Moneda Extranjera. Otro tanto sucede con la nota de la finalidad. Efectivamente el Instituto se creó para que se pudiera llevar a cabo de una forma más ágil la administración de divisas y, en consonancia con esto, se le configuró como el administrador de las mismas (34). Sobre la nota de que se trata de un organismo estatal no es preciso insistir puesto que nos hemos referido ya a las repetidas veces en que se habla en nuestra legislación de la dependencia del Instituto del Ministerio de Industria y Comercio y después del de Comercio (35).

Por último también se cumple en el Instituto Español de Moneda

da Extranjera el último de los requisitos exigidos: existencia - de una intervención económica y contable al margen de la normal. En efecto, el artículo 17 de la Ley fundacional sustituye el sistema normal por la existencia de dos censores, delegados del Interventor General de la Administración del Estado, que inspeccionan:

- 1.- El proyecto de presupuesto.
- 2.- La situación de fin de mes.
- 3.- La cuenta de ganancias y pérdidas.
- 4.- El balance de fin de ejercicio.

Estos censores elevarán sus dictámenes al Ministerio de Hacienda que está facultado para hacer observaciones sobre la gestión financiera del Instituto.

#### 4) Relaciones del Instituto con la Administración centralizada.

##### A) Planteamiento del problema.

Es obvio que no intentaríamos entrar en el examen de la cuestión planteada en el epígrafe si estimásemos que resultan suficientes los criterios elaborados. Para nosotros las teorías actuales - no pueden explicar los hechos que se producen en cuanto a la relación de los entes descentralizados funcionalmente con la Administración directa del Estado. Concretamente y por lo que se refiere al Instituto hemos dejado abiertas en las páginas anteriores una serie de interrogantes interesantes para nuestro estudio a las que es preciso responder. Así, por ejemplo, no obstante haber acepta -

de como hipótesis de trabajo que el Instituto Español de Moneda Extranjera podía considerarse un órgano de la Administración, al estudiar las fuentes legales llegábase a la conclusión de que, en cuanto tal órgano, la facultad de dictar normas pertenecía al Ministro y sólo podía llevarse a cabo por delegación de este (36), y en este mismo capítulo hemos dejado planteados los problemas de la competencia del Ministro en materia de divisas, y de la significación de la dependencia del Instituto.

Para solucionar estos problemas es necesario que examinemos la solución que se ha dado a las relaciones de estos entes con la Administración centralizada, la suficiencia o insuficiencia de la misma, y las posturas doctrinales expresadas en torno a los hechos que nos obligan a profundizar en la cuestión.

#### a) Fiscalización y tutela.

Para la doctrina española la relación se concreta en una serie de facultades que posee la Administración central en virtud de las cuales vigila la actuación de estos entes. Estas facultades se conocen con el nombre de fiscalización y tutela, no existiendo actualmente una diferencia clara entre estos términos, empleados indistintamente tanto por la doctrina como por los textos legales (37). Examinemos las diversas posturas doctrinales.

Refiriéndose a estas facultades habla BOQUERA (38) de una fiscalización que puede ser civil, administrativa y financiera. Dejando aparte lo que BOQUERA llama fiscalización civil nos inte-

res a constatar que estas facultades se ejercen tanto sobre aquella actividad que se refiere a problemas específicamente administrativos como a la gestión financiera del ente.

GARRIDO en cambio se refiere exclusivamente a tutela y habla concretamente de la descentralización funcional distinguiendo una tutela sobre la organización y otra sobre la actividad. La primera se manifiesta en la adscripción del ente a un organismo estatal y en la existencia de uniones personales y nombramientos de las autoridades del organismo. La segunda en una inspiración y fiscalización de la actividad del ente descentralizado (39).

Una definición más completa de la tutela que abarca los aspectos administrativo y financiero es la que da ENTRENA CUESTA - para quien es tutela "el conjunto de poderes limitados otorgados por la ley a un órgano administrativo sobre los actos realizados por entes públicos descentralizados para asegurar la legalidad de tales actos y proteger los intereses cuya gestión tiene encomendada el órgano de que se trata" (40).

Normalmente se entiende que la tutela de legalidad se concreta en la aprobación y autorización de los actos del ente tutelado. Nosotros opinamos que la existencia de esta fiscalización y tutela no basta para explicar todos los supuestos de relación entre la Administración central y los entes funcionalmente descentralizados, y concretamente entre la Administración central y el Instituto Español de Moneda Extranjera. Examinemos más de cerca el problema.

b) La teoría de la fiscalización y tutela es insuficiente - para explicar todos los supuestos.

En la práctica existen una serie de hechos que la teoría de la fiscalización y tutela no puede explicar totalmente. Dentro - del campo de la legislación referente al Instituto Español de Mo- neda Extranjera nos encontramos con que el artículo 1º de su Ley fundacional atribuye la competencia en el ramo de divisas al Mi- nisterio de Industria y Comercio; esto no puede explicarse median- te la simple existencia de una tutela ya que en tal caso no ten- dría ningún sentido crear un organismo encargado de la administra- ción de divisas sobre el que se ejerciera la tutela ... retenien- do al mismo tiempo la competencia ministerial sobre la materia.

Por otra parte la existencia de una relación de tutela tan - poco basta para explicar que sea el Ministerio el que siga ejer- ciendo la potestad reglamentaria ni es suficiente para que se en- tienda que deben identificarse la tutela y la dependencia - que - se refieren nuestros textos legales.

Pero en realidad, esto no es más que la especie canereta de un fenómeno general; pues en nuestro Derecho común de las Adminis- traciones Autónomas existen una serie de supuestos que la tutela resulta insuficiente para explicar. Entre ellos hemos de conside- rar en primer lugar el hecho tantas veces repetido de que según el artículo 8 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Es- tatales Autónomas los Departamentos ministeriales tendrán, en re- lación a los Organismos Autónomos, las funciones que se le asig -

nan en la Ley y las que les correspondan según las disposiciones de carácter especial por las que cada uno de ellos se rija.

Y lo cierto es que estas facultades sobrepasan en muchos casos los límites de una tutela administrativa o una fiscalización financiera para concretarse en la existencia de facultades que más bien parecen propias de una relación jerárquica. Concretamente puede verse esto en la posibilidad de recurrir en alzada ante el Ministro contra una decisión de un Organismo Autónomo tal como se admite en el artículo 76 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas.

Lo dicho hasta ahora nos hace opinar que la aplicación del concepto de tutela resulta insuficiente pues se mantiene la competencia en el Ministerio, la personalidad jurídica no implica que estemos en presencia de un ente independiente del Estado, y algunas de las notas de las Entidades Estatales Autónomas parecen indicar que no existe una relación de tutela sino más bien una verdadera jerarquía administrativa. Por otra parte es indudable que el concepto de jerarquía no puede aplicarse a las relaciones entre dos personas jurídicas distintas. Pero veamos que piensa la doctrina acerca de estos extremos.

#### e) Posturas doctrinales.

Examinemos en primer lugar las existentes en torno a la posibilidad una jerarquía administrativa entre dos personas jurídicas distintas. Encontraremos en todos los casos respuesta ne-



gativa.

En cuanto a la situación del problema en Italia debe valer-  
nos por todas la opinión de ZANOBINI (41) para quien "la relación  
jerárquica existe solamente entre los órganos de una misma perse-  
na jurídica; entre dos personas jurídicas distintas, como un ente  
menor y el Estado, puede haber relación de vigilancia y de control  
pero está excluida de modo absoluto toda relación jerárquica. Y -  
no se trata solamente de una postura doctrinal ya que la jurispru-  
dencia del Consiglio di Stato ha afirmado que la dependencia di -  
recta no da lugar a una relación de jerarquía administrativa, si-  
no que indica sólo una acentuación del control que compete al Es-  
tado en relación a todos los entes públicos (42).

En un sentido semejante se expresan en España SERRANO GUIRADO  
(43), GONZALEZ PEREZ (44) y BOQUERA (45). Aunque en realidad SERRA-  
NO parece rechazar conjuntamente ambos supuestos (jerarquía y tu-  
tela) al decir que las exigencias de eficacia y flexibilidad en la  
actuación de los organismos autónomos quedarían neutralizadas si -  
estuvieran sometidos estos a la necesidad de autorización y aproba-  
ción de sus actos o pudiera interponerse contra estos un recurso -  
de alzada. GONZALEZ PEREZ opina que después de la promulgación de  
la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (que en su ar-  
tículo 37 reconoce la posibilidad de impugnar los actos de las en-  
tidades institucionales) no puede entenderse que exista una depen-  
dencia jerárquica. Por último BOQUERA afirma que entre dos perse-  
nas jurídicas no puede haber relación de jerarquía, lo que hace in-

posible el recurso de alzada, pues este exige como presupuesto la dependencia jerárquica.

Hemos de ocuparnos en segundo lugar de las cuestiones que se suscitan en torno a la posibilidad de plantear un recurso de alzada. Como ya hemos visto la doctrina española se expresa casi siempre en torno a la dependencia jerárquica con ocasión del estudio del recurso. Se trata de un punto de gran importancia - práctica muy relacionado con la cuestión de la dependencia jerárquica.

Y es precisamente en este punto donde existe mayor confusión. Ya hemos visto que SERRANO GUIRADO rechazaba la posibilidad de - que se interpusiese el recurso. En el mismo sentido se pronunciaba BOQUERA por entender que el recurso de alzada era una consecuencia de la jerarquía administrativa (46). Pero esta no era la opinión unánime. Disentía de ella GUAITA para quien la tutela - llevaba consigo la posibilidad de plantear un recurso de alzada en los casos que la norma le admitía expresamente (47).

La situación se complicó tras la promulgación de la Ley de - la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuyo artículo 37, 2 - exigía que legalmente se hubiera consagrado de modo expreso la posibilidad de recurrir en vía administrativa. Comentando esta situación opinaba GONZALEZ PEREZ que la regla general era que los actos de las entidades institucionales causasen estado en vía administrativa, salvo que de modo expreso se dispusiera lo contrario. De este modo se salvaba la contradicción que suponía admitir un -

recurso de alzada contra las decisiones de un órgano que no era superior jerárquico del que dictó el acto, admitiéndose sólo - las excepciones consagradas expresamente que quedaban sin explicación (48).

Estos esfuerzos doctrinales iban a verse desbordados por - la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas. La primera de ellas dispone en su artículo 122 que el recurso de alzada se interpondrá contra el superior jerárquico, con lo que queda bien claro que no se trataba de una relación de tutela ni siquiera en los casos en que, en relación a los entes institucionales, se admitía este recurso con carácter excepcional. Pero - los artículos 76 y 77 de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas convirtieron estas excepciones en regla general al admitir el recurso de alzada ante el Ministro contra los actos de los organismos autónomos.

Las dificultades derivadas de esta situación intentaron evitarse por GONZALEZ PEREZ (49) para quien en principio los actos de las entidades autárquicas no son susceptibles de recurso de alzada. Se refiere el autor citado al caso de la Administración local aduciendo en apoyo de su tesis el artículo 381 de la Ley de Régimen Local. En estos casos existe, según GONZALEZ PEREZ, un recurso de alzada impropio que tiene por fundamento la tutela. En cuanto a las Entidades Estatales Autónomas obvia el inconveniente que suponen para su tesis afirmando que en España la maye

ría de las entidades institucionales carecen de verdadera autarquía lo que, para el, resuelve la antinomia entre la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas. Con este en realidad se desiste de encontrar un criterio preciso abandonándose el problema y sin que resulte elare cuando se da esa autarquía, que es características lleva consigo y por qué lleva inherente la cualidad de que los actos de las entidades que la poseen causen estado en vía administrativa.

Puede verse por tanto que en España se admite la posibilidad de interponer un recurso de alzada contra los actos de las Entidades Estatales Autónomas no obstante ser el recurso de alzada - una manifestación de la jerarquía y ser opinión común que no puede existir una relación jerárquica entre dos personas jurídicas distintas.

B) ¿Puede considerarse al Instituto Español de Moneda Extranjera como un órgano de la Administración del Estado?

Nos encontramos en realidad en este caso ante un problema - cenerete que puede plantarse también en términos generales. Se trata de delimitar el concepto de persona jurídica encajada en la descentralización funcional del de órgano de la Administración del Estado. No faltan razones para plantearse la cuestión ya que, en cierto sentido existe un paralelismo entre la distribución de competencias de los órganos de la Administración y la creación de entes funcionalmente descentralizados (50). En la doctrina espa -

fiela GARRIDO considera como límites conceptuales de las personas jurídicas públicas, por un lado el concepto de órgano, y por otro el de establecimiento público con fines lucrativos (51).

El mismo GARRIDO deja abierto el interrogante cuando se pregunta: "¿Deben considerarse los entes funcionalmente descentralizados como formando parte del complejo de la Administración central?" (52). A esta cuestión intentamos responder en las páginas siguientes, pero en primer lugar es preciso que examinemos el concepto de órgano para comprobar si puede aplicarse tal noción al Instituto Español de Moneda Extranjera.

#### a) Concepto de órgano.

Con el estudio del mismo entramos en el de una serie de cuestiones que atormentan a la doctrina a causa de la juridicidad, no originaria sino sobrevenida, de las cuestiones organizativas.

En la doctrina española falta un concepto bien delimitado - del órgano, pues si bien es cierto que GARCIA TREVIJANO se ha referido a él (53) el resultado de su investigación no puede utilizarse como base definitivamente precisa para el estudio del tema que nos ocupa. Debemos utilizar por tanto las investigaciones de la doctrina italiana que es la que con más finura y agudeza ha estudiado estos temas.

Después de una serie de discusiones y controversias se ha llegado a aceptar en la doctrina italiana un concepto de órgano que acoge un importante sector doctrinal. Las controversias y dis-

cusiones se produjeron a causa de una evolución del concepto que en un principio servía para designar únicamente al funcionario, y posteriormente servía para designar también el conjunto de atribuciones y competencias asignadas al mismo. La discusión obedecía al hecho de que mientras un sector de la doctrina admitía únicamente el primer concepto otro sector, reducido por la brillante contribución a la ciencia jurídica que suponía el desdramatizante de la esfera abstracta de atribuciones que se designó con el nombre de "ufficio", se negaba a aceptar la primera de ambas concepciones. Puntos extremos de esta controversia pueden considerarse las posturas de FODERADO y de GASPARRI. Para FODERADO era necesario explicar la situación partiendo de la teoría del "ufficio" considerado como una esfera abstracta de atribuciones que excluía todo elemento personal o material (54). Para GASPARRI en cambio las definiciones que se han dado del concepto de "ufficio" no son en modo alguno claras y satisfactorias, por lo que es preciso considerar al órgano como el sujeto jurídico activo. En este sentido se emplea, según él, la expresión refiriéndola a los ministros, los prefectos, y los jueces (55).

Es evidente que ambas posturas extremas deben rechazarse. La primera de ellas porque, como advierte ROMANO (56) la ausencia del elemento personal es algo puramente provisional. La segunda porque no es difícil apreciar a simple vista que el ministerio, la prefectura, o el juzgado (para seguir los ejemplos de GASPARRI) tienen una entidad distinta del ministro, el prefecto, o el juez. Por tanto la doctrina se orienta en el sentido de conseguir una

conjunción de ambos elementos.

En el sentido indicado se manifiesta SANTI ROMANO (57) para quien la duplicidad es una duplicidad aparente ya que el sentido menos amplio está comprendido en el otro. En la misma idea abunda MIELE (58), precisándola más, al considerar que el órgano no es ni la persona física que actúa ni la esfera de atribuciones - que le son encomendadas sino la unidad que resulta de ambas más los medios materiales que se ponen a su disposición. Autores tan importantes como ZANOBINI y ALESSI se adhieren a esta concepción, el primero de ellos casi con las mismas palabras que MIELE emplea (59), el segundo considerando al órgano como una individualidad - física investida de funciones estatales (60).

La posición expresada es precisamente la acogida por nosotros. El órgano es un conjunto de atribuciones y medios materiales ser - vidos por una persona física, titular del mismo. Pero esta afirmación requiere una precisión de gran importancia. El órgano no es un sujeto distinto del Estado mismo, esto es, sólo puede concebirse como formando parte de la organización estatal. De ningún modo puede admitirse la existencia del órgano como distinto de la total organización administrativa porque entonces el concepto se esfumaría ya que precisamente la esencia del mismo está en la ausencia de personificación. Justamente hay que convenir en que la relación existente entre el órgano y el Estado, la famosa relación jerárquica, no pasa de ser un equívoco. La relación se da entre el funcionario titular del órgano y sus superiores jerárquicos, pero no en-

tre el órgano y la totalidad de la organización. Por extensión - puede hablarse de una relación orgánica en la situación del funcionario, pero nosotros creemos en ningún modo puede hablarse de relación entre dos entes que no pueden considerarse distintos. La parte está integrada en el todo pero sería inconcebible admitir - que se relacionase con ese todo que al mismo tiempo la comprende.

b) Admisibilidad de la teoría de la personalidad jurídica de los órganos.

Lo que se ha dicho en el párrafo anterior nos obliga a entrar ya en el examen del tema del epígrafe, para averiguar si el admitir que se puede dar el caso de que una persona jurídica sea al mismo tiempo un órgano de la Administración. Debe advertirse que es distinto afirmar que los órganos tengan todos ellos personalidad jurídica o que una persona jurídica pueda ser un órgano, pero de todas formas ambas cuestiones son tan próximas que es preciso dar una solución conjunta a este problema, comparado, a causa de las dificultades que presenta, con el misterio de la Santísima Trinidad (61).

Examinemos las posturas afirmativas de los más relevantes autores. Entre los que han afirmado la posibilidad de que el órgano sea persona jurídica hay que enumerar en primer lugar a GASPARRI para el cual cada uno de los órganos es, y no puede dejar de ser, persona (62). Sin embargo no podemos dar un gran valor a la posición de GASPARRI, pues esta es una lógica consecuencia de su concepto de órgano al que ya nos hemos referido y que se da de brues



con el que nosotros venimos manteniendo.

Por otra parte mantienen también la teoría de la personalidad del órgano MIELE y GIANNINI. El primero de ellos elaborando una original teoría según la cual en estos casos existe una personalidad instrumental que se produce cuando se dan sólo poderes y facultades (63). El segundo porque, admitiendo la teoría institucional, piensa que un mismo ente puede ser sujeto jurídico en más ordenamientos o serlo en uno de una manera y en otro de otra (64).

Refutamos las teorías de ambos autores utilizando argumentos de SANTI ROMANO. Según este último la teoría de la personalidad de los órganos, no es más que un incidente, un episodio de la historia del concepto de órgano, de sus desviaciones y de sus observaciones (65). Para el autor citado no puede aceptarse la teoría de la personalidad instrumental ni la de aquellos que afirman la tesis que combatimos a causa de las relaciones jurídicas interorgánicas. En cuanto a la primera de ellas porque al hablar de una personalidad instrumental contrapuesta a otra material, se está confundiendo la capacidad con la personalidad, siendo así que esta última, a diferencia de la primera, no es susceptible de tales reducciones o disminuciones, ya que no es un concepto de medida o de cantidad (66). En cuanto al segundo punto porque las relaciones jurídicas no tienen porque darse necesariamente siempre entre personas jurídicas, pudiendo darse también en otros casos, como por ejemplo entre sujeto y objeto (67). Esto refuta totalmen

te los argumentos de MIELE, y en cuanto a las de GIANNINI supe-  
me tanto como demostrar que es precisamente el más genial defen-  
ser de la tesis institucionalista quien niega que un sujeto ju-  
rídico pueda comportarse en un ordenamiento como órgano y en otro  
como persona jurídica. Concede con esta postura, y apoyándose -  
precisamente en el texto de SANTI ROMANO que citamos, la juris-  
prudencia italiana rechazando la posibilidad de que exista un -  
órgano que sea al mismo tiempo persona jurídica en el "parere" del  
Consiglio di Stato de 11 de junio de 1942 y en la sentencia de la  
Corte de Cassazione de 8 de septiembre de 1953 (68).

Quizás precisamente por las razones expuestas la teoría de  
la personalidad jurídica del órgano ha tenido una desfavorable -  
acogida en la doctrina española, y así, en las ocasiones en que -  
se han ocupado de ella la rechazan expresamente GARRIDO (69) y -  
BOQUERA (70). Nosotros opinamos, sin embargo, que el problema no  
debe plantearse en términos absolutos. De hecho en algunos orde-  
namientos como el anglosajón y el canónico los órganos tienen per-  
sonalidad jurídica si bien es cierto que este no es el supuesto -  
normal en los países continentales. La cuestión estriba, por tan-  
to como opinan en España GARCIA TREVIJANO (71) y en Italia ZANOBI  
NI (72) en comprobar si el ordenamiento jurídico admite esta per-  
sonalidad.

En el ordenamiento español esta posibilidad no se admite se-  
gún se deduce a nuestro entender del artículo 1º de la Ley de Re-  
gimen Jurídico de la Administración del Estado según la cual "La

Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única". Esta afirmación que ha servido hasta ahora para negar la posibilidad de que exista una personalidad pública y otra privada debe aplicarse también a este caso. Si admitimos que los órganos son personas jurídicas o que pueden serlo - es evidente que estaremos en presencia no ya de dos sino de múltiples personalidades jurídicas de la Administración del Estado, lo que resulta totalmente inadmisibile.

Por tanto hemos de afirmar que al concederse personalidad jurídica a un órgano este deja de serlo, deja de ser una parte de la Administración directa del Estado y pasa a ser otra cosa distinta. Por más que en los supuestos de descentralización funcional la personalidad jurídica sea un simple arbitrio, una ficción, esta ficción es una realidad jurídica que produce una serie de consecuencias. En nuestro derecho no puede admitirse que un ente sea un órgano y una persona jurídica al mismo tiempo. La explicación de las relaciones del Instituto Español de Moneda Extranjera con la Administración centralizada habrá que buscarlas por otro camino.

c) Otras teorías que intentan explicar la situación.

Junto a la teoría de la personalidad jurídica del órgano es necesario rechazar también otras dos, conexas con ella, que podrían invocarse en nuestro caso para explicar la situación pero que, al igual que la anterior, es preciso rechazar. Estas dos teorías

rías son la de la cuasi-personalidad o semi-personalidad de los órganos, y la de la persona jurídica titular de un órgano.

La primera está muy relacionada con la de la personalidad instrumental a la que nos hemos referido más arriba. Se trata de un intento de obviar los inconvenientes derivados de la admisión de la teoría de la personalidad de los órganos reconociendo la existencia de una personalidad parcial aplicable a las relaciones interorgánicas. No podemos por menos de rechazar con GARCIA TREVIJANO (73) esta teoría porque, sobre serle aplicables las afirmaciones de SANTI ROMANO arriba transcritas sobre la personalidad y la capacidad, el empleo del "semi" y del "cuasi" nos orienta ya en torno a la falta de precisión demostrada que debe rechazarse terminantemente.

Igualmente debe rechazarse la teoría de la persona jurídica titular de un órgano, mantenida en Italia por GIANNINI (74), porque, como afirma GARCIA TREVIJANO (75), lo que se toma en consideración en cuanto a la titularidad de un órgano es la capacidad física, psicológica y de querer que es tan sólo atributo de la persona física.

### C) Nuestra posición.

Acabamos de ver que ni la teoría de la fiscalización y tutela ni la de la personalidad jurídica del órgano son capaces de explicar suficientemente las relaciones entre la Administración centralizada y el Institute. Con ello quedan a su vez sin explicación

los hechos ya señalados de la retención de la competencia en la Administración directa y de la dependencia del Instituto respecto al Ministerio de Comercio.

A nuestro entender las causas de que estos hechos hayan quedado sin acomodo en un esquema conceptual son las siguientes:

- 1.- El desafortunado planteamiento de la llamada relación de tutela.
- 2.- La aplicación preferente de esta relación de tutela a las existentes entre la Administración central y la local.
- 3.- El hecho de que no se haya prestado la debida atención al papel que juega el fin a cumplir, en las relaciones existentes.

Respecto al primero de los tres puntos señalados hemos de advertir que no puede por menos de resultar una perspectiva defectuosa al contemplar estas relaciones predominantemente desde el punto de vista de la Administración central, en vez de contemplar también la situación desde la postura en que se encuentra el ente descentralizado. En derecho público no puede ser más equívoco el empleo del término tutela para designar una relación en la que la vigilancia y control se da en beneficio del tutor (por llamarle así) y no del pupilo. Junto a esto opera también como segunda causa el haberse aplicado de modo preferente la teoría de la tutela a las relaciones entre Administración central y local y haberla extendido después más o menos conscientemente a -

las que se dan con la Administración institucional. Con esto se olvidaba que existe una diferencia abismal en lo sociológico y en lo jurídico entre un ayuntamiento y un institute funcional - mente descentralizado.

Pero con todo lo que nos parece más importante es la consideración del papel que juega el fin de cumplir. Respecto a este punto hacemos nuestras, refiriéndolas a los entes funcionalmente descentralizados, las afirmaciones que formula MIELE (76) respecto a los entes públicos: "... la actividad del ente se considera como desenvuelta en vista de un fin del Estado. En la actividad que desarrolla el ente público está siempre presente el Estado como término último de la actividad; el ente atiende a cometidas, administra intereses que son del Estado y exclusivamente del Estado".

Despejados de prejuicios y teniendo siempre presente la excepcional importancia del elemento fin debemos reconsiderar la situación. Cuando se produce la descentralización funcional la Administración (o el Poder legislativo) desgaja de si misma un órgano y le otorga personalidad jurídica. Este órgano carecía de una propia entidad mientras estaba incluido en la organización - de la que era sólo una parte, pero en cambio, por razones de especialización tenía atribuido el cumplimiento de unos fines específicos. Cuando el órgano deja de serlo, la situación de integración esencial desaparece. Ahora bien la atribución de los fines permanece, y, aunque sobre mayor relieve, se presenta con unas -

características muy parecidas. La personalidad juega como un mecanismo técnico-jurídico para dar lugar a una mayor flexibilidad en el cumplimiento de los fines pero no es más que ese mecanismo y la posición del Estado respecto al cumplimiento de los fines es la misma o si cabe más tensa todavía. Hasta cierto punto se da una situación parecida a la de la relación de servicio aplicado por la doctrina española a los funcionarios (77) ya que la personalidad se manifiesta precisamente en orden al cumplimiento de los fines estatales, aunque la doctrina no pueda aplicarse totalmente porque los entes funcionalmente descentralizados no representan centros de intereses distintos de los del Estado mismo.

Se da pues la siguiente situación: la actividad del ente se dirige exclusivamente a la custodia de intereses y el cumplimiento de fines estatales. Y es claro que esto debe suponer una proximidad, casi diríamos una intimidad entre la Administración y el ente menor que no es una situación de identificación del todo con la parte pero que tampoco puede considerarse una tutela porque los actos realizados por el ente menor son indirectamente actos de la Administración central. Dentro de la Administración indirecta los grandes Institutos funcionalmente descentralizados son precisamente los entes públicos más próximos a la Administración central.

Creemos que a la vista de lo anterior puede afirmarse la existencia de una relación sui generis que proponemos llamar -

relación de integración instrumental. En orden al cumplimiento de los fines el Institute funcionalmente descentralizado aparece integrado en la Administración. Sólo la atribución mediante un arbitrio técnico la separa del resto del complejo orgánico - en que la Administración consiste.

Las características inherentes a esta relación que pueden servir para reconocer su existencia son las que hemos observado en la regulación del Institute Español de Moneda Extranjera. No obstante la atribución de personalidad jurídica el ente sigue dependiendo de la Administración, que se reserva la competencia sobre la materia, sobre el cumplimiento de los fines que el Institute debe llevar a cabo. Esta competencia retenida es por otra parte la razón básica y única para que nuestras leyes admitan la personalidad de que se plantee un recurso de alzada ante el Ministerio contra un acto del ente funcionalmente descentralizado. -



N O T A S.

- (1) Para el estudio de la misma utilizamos los datos que se contienen en el "parere" del Consiglio di Stato de 15 de junio de 1960 transcrita en la Revista, Banca, Borsa e titoli di credito, parte 2ª, Milano, 1961, págs. 631 y sigs.
- (2) V. supra en esta misma parte, capítulo I.
- (3) "Parere" de 15 de junio de 1960 en loc. cit., pág. 637.
- (4) Así sucede en los estudios de GARRIDO, Administración indirecta del Estado y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, y BOQUERA, Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955, pág. 127.
- (5) CLAVERO AREVALO, Personalidad singular, derecho general y - derecho singular de las administraciones autónomas, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Conferencia inaugural del curso 1962-63, págs. 9 y 14.
- (6) CLAVERO, Ob. cit., pág. 32.
- (7) CLAVERO, Ob. cit., págs. 28 y 29.
- (8) V. supra, parte II, capítulo único.
- (9) GIOVANNI DE FRANCO, Sulla natura giuridica dell'Ufficio italiano dei cambi, Banca, Borsa e titoli di credito, Milano, - 1961, parte 2ª, pág. 632.
- (10) GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, cit., pág. 106.

- (11) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 283.
- (12) GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, cit., pág. 109.
- (13) GARRIDO, Ob. cit., pág. 108.
- (14) GARRIDO, Ob. cit., pág. 111.
- (15) GARRIDO, Ob. y lec. cit.
- (16) MIELE, Principii di Diritto amministrativo, 2ª ed., Padova, 1953, pág. 82.
- (17) Precisamos en este punto la doctrina de MIELE (ob. y lec. cit.) ya que es necesario ampliar la formulación para dar cabida en ella a los entes dependientes de la Administración territorial que no dependen del Estado.
- (18) GASPARRI, Corso di Diritto amministrativo, v. I., Bologna, 1953, pág. 172.
- (19) V. referencias a ambos criterios en GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., 1961, Instituto de Estudios Políticos, págs. 291 y 292.
- (20) GIANNINI, Lezioni di Diritto amministrativo, I, Milano, 1960, págs. 124 y 125.
- (21) GIANNINI, Ob. cit., pág. 127.
- (22) GIANNINI, Ob. cit., págs. 156 y sigs.
- (23) Resulta curioso observar que la postura de ambos autores ha sido interpretada erróneamente por la doctrina. Así GARCIA TREVIJANO incluye a ZANOBINI entre los defensores del criterio del fin (GARCIA TREVIJANO, Principios jurídicos de la

organización administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 147) y GARRIDO critica la postura de GARCIA TREVIJANO como si este se apoyase exclusivamente en el criterio de la forma, GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, - 1961, pág. 292. Creemos que lo que se dice en el texto es bastante para desvanecer el equívoco.

- (24) ZANOBINI, Corso di Diritto amministrativo, v. I, 8ª ed., Milan, 1958, pág. 122.
- (25) GARCIA TREVIJANO, Principios jurídicos de la organización administrativa, cit., pág. 149.
- (26) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 294.
- (27) ALESSI, Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano, 3ª ed., Milan, 1960, pág. 47.
- (28) ALESSI, Ob. cit., pág. 48.
- (29) En este sentido GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 156; y Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 350; BOQUERA, Recursos contra decisiones de entidades - autárquicas institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955, pág. 141, en nota.
- (30) La ausencia del substratum es fundamental para lograr una clara caracterización de las personalidades jurídicas que realizan la descentralización funcional del Estado, y hasta cierto

punto determina el régimen jurídico de las mismas, GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 136.

(31) GARRIDO, Ob. cit., pág. 150.

(32) GARRIDO, Ob. cit., págs. 158 y 159.

(33) Artículo 3º.

(34) Preámbulo y artículo 7º de la Ley fundacional de 25 de agosto de 1939.

(35) V. supra.

(36) V. parte III, capítulo único.

(37) Por ejemplo los artículos 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

(38) BOQUERA, Recursos contra decisiones de entes autárquicos institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955, pág. 155.

(39) GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 184.

(40) ENTRENA CUESTA, Los movimientos centralizadores en Inglaterra, Madrid, 1960, pág. 129.

(41) ZANOBINI, Corso di Diritto amministrativo, vol. II, 8ª ed., Milan, 1958, pág. 69.

(42) "Parere" de 15 de junio de 1960 y "parere" de 21 de octubre de 1949 citados en el primero en Banca, Borsa e titoli di cre-

dite, parte 2ª, Milano, 1961, pág. 635.

- (43) SERRANO GUIRADO, El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado, Revista de Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953, pág. 164.
- (44) La postura del autor citado se deduce de lo dicho en, Derecho procesal administrativo, II, Madrid, 1957, pág. 388 en nota.
- (45) BOQUERA, Recursos contra decisiones de entes autárquicos institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955, pág. 172.
- (46) BOQUERA, Ob. cit., págs. 162 y 172.
- (47) GUAITA, Administración institucional y recurso contencioso-administrativo, Revista de Administración Pública, nº 11, Madrid, 1953, págs. 63 y 64. En realidad lo que parece deducirse de la postura de GUAITA es que confundía jerarquía y tutela.
- (48) GONZALEZ PEREZ, Derecho procesal administrativo, II, Madrid, 1957, pág. 387.
- (49) GONZALEZ PEREZ, Los recursos administrativos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 130 y sigs.
- (50) GARRIDO, Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 136.
- (51) GARRIDO, Ob. cit., pág. 116.
- (52) GARRIDO, Ob. cit., pág. 172.
- (53) GARCIA TREVIJANO, Relación orgánica y relación de servicio en

los funcionarios públicos, Revista de Administración Pública, n.º 13, Madrid, 1954, pág. 65; y Principios jurídicos de la organización administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 72.

- (54) FODERADO, Contributo alla teorica della personalita degli organi dello Stato, Padova, 1941, pág. 42, recoge per - SANTI ROMANO, Frammenti di un dizionario giuridico, Ristampa inalterata, Milano, 1953, pág. 157.
- (55) GASPARRI, Corso di Diritte amministrative, I, Bologna, 1953, págs. 184 y 185.
- (56) SANTI ROMANO, Ob. y loc. cit.
- (57) SANTI ROMANO, Ob. y loc. cit.
- (58) MIELE, Principii di Diritte amministrative, 2ª ed., Padova, 1953, pág. 77.
- (59) ZANOBINI, Corso di Diritto amministrative, I, Milano, 1958, pág. 134.
- (60) ALESSI, Sistema istituzionale del diritto amministrative italiane, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 84. Claro es que ALESSI maneja esta misma definición e concepto dentro de la legislación de su sistema pero la conjunción de ambos elementos permanece.
- (61) GASPARRI, Corso di Diritte amministrative, Bologna, 1953, pág. 187.
- (62) GASPARRI, Ob. y loc. cit.
- (63) MIELE, Principii di Diritte amministrative, 2ª ed., Padova, 1953, págs. 70 y 75.

- (64) GIANNINI, *Lezioni di Diritte amministrative*, I, Milan, 1950, pág. 145.
- (65) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Milan, 1953, pág. 166.
- (66) SANTI ROMANO, *Ob. cit.*, pág. 160 y 162.
- (67) SANTI ROMANO, *Ob. cit.*, pág. 163.
- (68) *Banca, Borsa e titoli di credito*, parte 2ª, Milano, 1961, págs. 633 y 634.
- (69) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Institute de Estudios de Administración local, Madrid, 1950, pág. 116.
- (70) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entes autárquicos - institucionales*, *Revista de Administración Pública*, nº 18, - Madrid, 1955, pág. 161, en nota.
- (71) GARCIA TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización - administrativa*, Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 87.
- (72) ZANOBINI, *Corse di Diritte amministrative*, vol. I, Milan, - 1958, pág. 134.
- (73) GARCIA TREVIJANO, *Ob. cit.*, pág. 86.
- (74) GIANNINI, *Lezioni di Diritte amministrative*, Milan, I, 1960, pág. 148.
- (75) GARCIA TREVIJANO, *Ob. cit.*, pág. 101.
- (76) MIELE, *Principii di Diritte amministrative*, 2ª ed., Padova, 1953, pág. 83.
- (77) GARCIA TREVIJANO, *Relación orgánica y relación de servicio*

en los funcionarios públicos, Revista de Administración Pública, nº 13, Madrid, 1954, págs. 53 y sigs.

- - -



### C A P I T U L O   I I I

#### **LOS ORGANISMOS INTERVENTORES; LA ORGANIZACION DEL INSTITUTO ESPAÑOL DE MONEDA EXTRANJERA.**

##### **1) Generalidades.**

Debemos enfrentarnos ahora con el estudio de la organización del Institute. En el transcurso del presente capítulo veremos que dicha organización responde a las líneas generales que establece e que sigue la legislación española. Según BOQUERA, - que ha sido quien se ha ocupado más profundamente de estos temas, las Entidades Estatales Autónomas, y, concretamente, las que responden al fenómeno de la descentralización funcional están gobernadas por unos órganos rectores: la Junta Central, la Comisión permanente, y el Director (1). Bajo la alta dirección de estos existen también una serie de órganos ejecutivos. Con algunas diferencias terminológicas esta es también la organización del Institute Español de Moneda Extranjera.

El estudio de la organización nos resultará útil para comprender más exactamente lo que es el Institute. Y esto no porque dicha organización plantee grandes problemas jurídicos sino porque en la estructura orgánica se reflejan una serie de facetas - interesantes que confirman e ilustran los puntos de vista que hemos expresado en torno al problema de la naturaleza jurídica, y

que arrojan luz sobre las cuestiones que plantea la actividad - desarrollada, de la que nos ocuparemos despues.

Aberdamos per tanto el estudio del esquema orgánico del Instituto examinando separadamente los órganos rectores que ejercen la alta dirección y los órganos ejecutivos.

## 2) Los órganos rectores.

Sen efectivamente los que BOQUERA señala, este es, la Junta Central aquí llamada Consejo de Administración, el Comité permanente, y el Director. Los estudiaremos per separado e iremos viendo como en cada uno de los casos se dan las características aludidas al hablar de la personalidad.

### A) El Consejo de Administración.

Su estudio es el que presenta más interés ya que nos mostrará la relación que existe con la total Administración directa - del Estado (relación de integración instrumental) pues resulta - muy interesante subrayar que dicha relación de integración instrumental se da respecto a la Administración directa en conjunto. Este se refleja sin lugar a dudas en la presidencia y en la composición del Consejo (órgano rector supreme del Instituto) que - pasamos seguidamente a estudiar.

#### a) Presidencia.

En un primer momento esta cuestión aparece claramente delimitada. La Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 crea como ór-

gases rectores del Institute un Consejo de Administración y un Director general (2). La presidencia se atribuía al Ministro de Industria y Comercio que podía delegar en el Subsecretario del - Rans. (3); y, si bien la atribución era clara, en la práctica la posibilidad de delegación va a dar lugar a numerosas confusiones en torno a la dependencia del Institute. La confusión es explicable por el hecho de que la estructura del antiguo Ministerio de Industrial y Comercio hacía que fuera necesario expresar claramente que la administración de divisas era cuestión que interesaba a la Subsecretaría encargada de los problemas comerciales.

A causa de esto se habló repetidas veces en nuestros textos legales de "dependencia" del Institute Español de Moneda Extranjera del Subsecretario y no del Ministro. Cada reorganización ministerial afectó en su momento a este delicado punto de gran interés para nosotros. Apenas creado el Institute y ya antes de la promulgación de los Estatutos del mismo, la Ley de 9 de noviembre de 1939 le hacía "depender" de la Subsecretaría de Comercio y Política Arancelaria (4). Esta imprecisión se agravó todavía más en la reorganización afectuada por el Decreto-ley de 21 de febrero de 1947, ya que, según este texto legal, el Institute dependía "técnicamente" de la Subsecretaría de Economía Exterior (5). Con esto se planteaba el problema de saber en qué consistía esa dependencia técnica, cuestión a la que hemos aludido más arriba (6) y que creemos resolver correctamente estimando que se quería decir sólo que la actividad del Institute debía entenderse vinculada a la gestión en torno a la economía exterior y al comercio y no a la realizada por las -

restantes grandes unidades del Departamento.

La solución definitiva de la cuestión se produjo, cuando ya el Ministerio de Comercio, cuando el Decreto-ley de 8 de febrero de 1952 dispuso en forma terminante que el Instituto "dependería directamente del Ministro" (7). Con ello quedaba bien claro que no existía ninguna dependencia respecto a los Subsecretarios, no obstante el hecho de que la administración de divisas está más en conexión con la Subsecretaría de Comercio Exterior, encargada de realizar la política comercial, que con la Subsecretaría de la Marina Mercante. Esta solución podía deducirse también de la Orden de 29 de marzo de 1947 que creaba el Comité permanente el cual sería presidido por el Subsecretario de Economía Exterior y Comercio per delegación del Ministro (8). Con esto se volvía a afirmar una vez más que la posibilidad de delegación se establecía a favor del Subsecretario titular del órgano que gestionaba la política comercial, situación que subsiste en la actualidad (9).

#### b) Composición.

Resulta también interesante por plantear el problema de la razón jurídica que ha de darse a la presencia en él de miembros o vocales ajenos al Ministerio de Comercio, cuyo titular ejerce la tutela. Pero es preciso proceder por partes estudiando separadamente la composición del Pleno y la de la Comisión permanente.

##### a') Del Pleno.

La composición del mismo se ha visto alterada frecuentemen-

te a causa de las reorganizaciones de que ha sido objeto nuestra Administración central. Esto se explica a consecuencia de que, según veremos, junto a la representación del Ministerio de Comercio, cuyo titular ejerce la tutela, existen y han existido siempre otros componentes que representaban a distintos Ministerios.

En efecto, la Ley fundacional enumeraba como vocales del Consejo de Administración a los directores generales de Agricultura, Industria, Comercio Exterior, Banca y Timbre y Monopolios (10). Estaban representados por tanto, además de Industria y Comercio, los Ministerios de Agricultura y de Hacienda. A estos se añadió posteriormente la representación del Ministerio de Asuntos Exteriores ejercida por el titular de la Dirección General de Política Económica entonces existente (11). Según la última reorganización, efectuada por Decreto de 25 de abril de 1958, forman parte como vocales los directores generales del Instituto mismo, de Agricultura; Industria, Comercio Exterior, Banca, Bolsa e Inversiones, y Tesoro, Deuda y Clases Pasivas, y además un representante del Banco de España. Están presentes por tanto representantes de los Departamentos de Agricultura, Industria, Asuntos Exteriores y Hacienda, más un representante del Banco de España respondiendo a nuestra tradición legislativa según la cual al Banco debería pertenecer la Administración de divisas (12). Debe subrayarse sin embargo que dichos vocales no lo son porque representen a sus direcciones generales sino porque representan a todo su Departamento, habiéndose estimado que, dentro de cada uno de ellos es esa

o son esas Direcciones Generales las que pueden y deben sentir más interés por la gestión que el Institute realiza. Así se desprende del Decreto de 13 de abril de 1961 según el cual "la representación de los Ministerios de Agricultura e Industria será ejercida por un funcionario de categoría al menos de Director general designado por el Ministro correspondiente" (13). No se representa por tanto a una Dirección general concreta sino a todo el Ministerio respectivo.

b') Del Comité permanente.

Responde a las mismas características aunque, como es lógico dadas su carácter de órgano más reducido y ágil, el número de vocales es más escaso. Según la Orden del 29 de marzo de 1947 que creaba el Comité, este órgano estaría presidido por el Subsecretario de Economía Exterior y Comercio por delegación del Ministro y actuarían como vocales el Director general de Política Económica, el de Comercio y Política Arancelaria, el de Banca y Bolsa y el mismo del Institute Español de Moneda Extranjera. Posteriormente la Orden de 14 de julio de 1958 ha efectuado una reorganización del Comité en el sentido de que la representación de la antigua Dirección General de Comercio y Política Arancelaria la lleva a cabo actualmente el Director General de Comercio Exterior y la representación de la antigua Dirección General de Política Económicas ejercida por el Director general de Relaciones Económicas (artículo 1º). Por lo demás la misma Orden dejaba subsistente la estructura del Comité tal y como había sido configura-

da por la Orden de 29 de marzo de 1947 (artículo 2º).

Aunque entendemos que es necesario referirse al Comité al hablar de la organización del Instituto lo cierto es que no plantea ningun problema jurídico de especial significación e interés.

c) Razones a que responde su existencia.

A primera vista puede parecer extraño que exista un Organismo Autónomo al frente del cual se encuentre un Consejo de Administración; pero dejando aparte el hecho de que la denominación no significa demasiado, la existencia de este Consejo es explicable y útil. Y esto por dos razones. En primer lugar porque de ese modo se crea un órgano unitario con representantes de varios Ministerios dentro del cual se hace efectiva la relación de integración instrumental respecto a toda la Administración. En segundo lugar porque la alta dirección de un Consejo de Administración conviene especialmente a un organismo que actúa "al uso e estilo bancario" según el artículo 7º de sus Estatutos, y cuya actividad se realiza en buena parte a través del Derecho privado. Examinaremos ambos puntos de una forma más próxima.

Para nosotros existe entre el ente descentralizado funcionalmente y la Administración central relación de integración instrumental que se refiere a una actividad del ente menor a favor de la Administración central. Tengamos en cuenta además que mientras la integración actúa respecto a un órgano específico, la instrumentalidad permanece indeterminada y genérica ya que se da

respecto a toda la Administración central en conjunto. Y todavía es necesario hacer una otra observación. La proximidad de estos entes al Estado exige que ambas relaciones se materialicen en la existencia de un órgano que se encuentra en un contacto permanente con el ente menor descentralizado.

De lo dicho hasta ahora se deduce que, concretamente en cuanto al Instituto Español de Moneda Extranjera, se plantean una serie de exigencias que se satisfacen mediante la actuación de un Consejo de Administración con la composición y características señaladas. A través de la existencia de dicho Consejo se materializa la relación de integración instrumental del Instituto. La presencia en el Consejo de Administración de vocales ajenos al Ministerio prueba que no existe sólo una relación entre tutelante y tutelado (pues en tal caso no se explicaría la situación) si no que, a más de esta, se da otra con la totalidad de la Administración materializada en este caso por la presencia de estos vocales ajenos al Ministerio de Comercio y representantes de los restantes Ministerios económicos, que son los que pueden poner más interés en la gestión de la Administración de divisas.

Por otra parte, y como hemos dicho más arriba, existe una segunda razón para que la alta dirección del Instituto la lleve a cabo un órgano con las características del que nos ocupa. El Instituto está muy próximo en cuanto a su funcionamiento a la empresa privada. Gran parte de su actividad se realiza a través de entes jurídico-privados y sus mismos Estatutos dicen que "funciona-



rá al estilo e uso bancario". La existencia de un Consejo de Administración y un Director (órgano gestor) garantiza al mismo - tiempo el control y la flexibilidad necesaria. Como puede verse el Instituto Español de Moneda Extranjera, ente descentralizado funcionalmente, se acerca peligrosamente a los dos conceptos límites de estas personas jurídicas; el de órgano de la Administración del Estado, y el de establecimiento con fines lucrativos.

#### B) La Dirección General.

El verdadero órgano rector del Instituto es sin embargo el Director general al que está atribuida la jefatura de los servicios. La existencia de un Director general al frente del Instituto aparece ya consagrada en el artículo 9 de la Ley fundacional sin que haya desaparecido desde entonces.

Es preciso observar que el Director general, además de ser el órgano ejecutivo directo (gestor dependiente del Consejo en - paralelismo con las sociedades privadas), forma también parte del Consejo y dentro de este del Comité permanente. En realidad la - situación no era esta en la Ley fundacional sino que se produjo como una innovación posterior consagrada por la Orden de 29 de marzo de 1947, el Decreto de 25 de abril de 1958, y la Orden de 26 de junio de 1960.

Des razones se unen para justificar esta situación. De una parte la necesidad que tiene el Consejo de Administración de estar informado de una manera autorizada y lo más directa posible

de la situación del Institute. De otra que resulta muy natural, por continuar nuestro paralelismo con la empresa privada, que el gester este presente en las sesiones del Consejo de Administración de la Entidad.

Otra importante cuestión puede plantearse a propósito del Director general. ¿Supone la existencia de este que el Institute es una Dirección general del Ministerio de Comercio? La pregunta tiene interés aunque no sea más que la reproducción desde otro ángulo distinto de una cuestión que hemos dejado resuelta en páginas anteriores. Pero aún desde este ángulo estimamos que es necesario responder negativamente. Entendemos con BOQUERA (14) que cuando se ha querido dar a una organización carácter de Dirección general se ha declarado así expresamente como ha sucedido con el Instituto Nacional de Estadística (15) y el Instituto Geográfico y Catastral (16).

Habría que entender por tanto que no estamos en presencia de una Dirección general, lo que aparece confirmado por la realidad pues, de facto, el Institute tiene una sustantividad tal que no puede considerarse como una Dirección general más. Lo sucedido es, simplemente, que el titular de este organismo rector tiene el carácter de Director general y las prerrogativas que atribuye a estos funcionarios políticos nuestro ordenamiento jurídico-positivo.

### 3) Los órganos ejecutivos.

El estudio de la organización resultaría incompleto si no nos

refiriésemos a las unidades administrativas de más humilde rango que realizan la labor de todos los días. No hablaremos de ellas muy extensamente por no plantear problemas jurídicos importantes aunque sí haremos una referencia especial a la Sección de Inspección, única que merece un estudio más detallado.

A) La distribución en secciones y el Comité Coordinador.

La Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 decía simplemente que bajo la dependencia del Director existirían servicios necesarios. No vamos a ocuparnos de las diversas estructuras orgánicas, legales y de hecho, que ha tenido el Instituto desde su creación pues no nos serviría de mucho insistir en la pequeña historia. - Nos referiremos únicamente a la organización actual.

Según la última reorganización, efectuada por Orden Ministerial de 26 de junio de 1960, los servicios se agrupan constituyen de Secciones en número de seis que ejercen una serie de funciones que examinaremos en seguida. Se prescribe además la existencia de un Comité Coordinador, presidido por el Director general y formado por los Directores adjunto, el Secretario general, y los jefes de las Secciones de Operaciones, y de Comprobación de Movimiento de Divisas. Esto nos muestra que no todas las Secciones tienen la misma significación e importancia, lo que corresponde a las funciones que desempeña cada una.

Así vemos que no están representadas en el Comité Coordinador a través de sus jefes la Sección de Intervención General, Con

tabilidad y Estadística que tiene a su cargo los Servicios que corresponden a estas denominaciones (17), la Sección de Personal a la que además de los Servicios que le son peculiares corresponden las relativas a presupuestos y material (18) y la Sección de Inspección a la que nos referiremos especialmente. Como puede verse se ha dejado fuera del Comité Coordinador a las Secciones cuya actividad es puramente burocrática. En el Comité se encuentran representadas sólo la Secretaría General a la que además de las funciones ordinarias le corresponde relacionarse con otros organismos - nacionales y con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (19), y las Secciones de Operaciones, y de Comprobación de Movimiento de Divisas, a las que están encomendadas las actividades comerciales y financieras, la gestión acerca de los valores extranjeros, las operaciones invisibles y los demás cometidos que constituyen la tarea peculiar y específica del Instituto (20).

**B) Referencia especial a la Sección de Inspección.**

Dentro del esquema organizativo descrito se inserta la Sección de Inspección que merece una referencia especial, siquiera esta sea muy breve.

Según la citada Orden de 26 de junio de 1960 la Sección de Inspección se ocupa de los cometidos propios de la misma (21). Estos son en realidad la investigación y represión de las contravenciones de nuestra legislación sobre divisas con objeto de poner a los infractores a disposición del Tribunal de Delitos Monetarios.

Siendo así no debe extrañarnos que el Decreto de 31 de octubre de 1958 dispusiera que la Sección de Investigación del Instituto dependiera de la Comisaría General de Policía y que el nombramiento y cese del personal correspondiera al Ministerio de la Gobernación.

Pero de este modo nos encontramos en presencia de un interesante problema jurídico. No obstante encontrarse al Servicio del Instituto la Sección no depende del mismo, ni siquiera del Ministerio cuyo titular ejerce la tutela, sino del Ministerio de la Gobernación. El caso no es único en nuestro Derecho ya que algo parecido sucede con la Dirección General de la Guardia Civil que depende en un plano organizativo del Ministerio del Ejército aunque presta sus servicios al Ministerio de la Gobernación. Pero los supuestos no son idénticos ya que en este último caso es claro que la Dirección General tiene una relación de organicidad con el Ministerio de la Gobernación; y el problema que se plantea en nuestro caso es precisamente el de saber de quien depende orgánicamente la Sección de Inspección.

El problema es fácil de resolver. Lo que sucede simplemente es que la Sección no es tal sino sólo un centro policial al servicio permanente del Instituto con una actividad especializada en la persecución de delitos monetarios. Claro es que esta permanente conexión con el Instituto Español de Moneda Extranjera se traducirá en la práctica en el hecho de que el Jefe de la pretendida Sección obedezca las indicaciones que le hagan las -

autoridades del Institute en cuanto a la persecución de las con-  
travenciones; pero esto no puede confundirse con una verdadera  
relación de subordinación jerárquica.-

N O T A S

- (1) BOQUERA, Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955, págs. 149 y sigs.
- (2) Artículo 9.
- (3) Artículo 10.
- (4) Artículo 1, 2.
- (5) Artículo 2, C.
- (6) V. en esta misma parte, capítulo II, en el epígrafe 2. A).
- (7) Artículo 1, 2.
- (8) Artículo 2.
- (9) Artículo 1 del Decreto de 25 de abril de 1958.
- (10) Artículo 10.
- (11) Artículo único de la Ley de 31 de diciembre de 1945.
- (12) V. parte II, Capítulo único.
- (13) Artículo 1.
- (14) BOQUERA, Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, - Madrid, 1955, pág. 163.
- (15) Artículo 1 de la Ley de 31 de diciembre de 1945.
- (16) Decreto de 22 de enero de 1944.
- (17) Artículo 6º de la Orden citada.
- (18) Artículo 8.
- (19) Artículo 3.
- (20) Artículos 4 y 5.
- (21) Artículo 7º.

## C A P I T U L O   I V

### **EL ADMINISTRADO.**

#### **1) Puntos de vista previos.**

Con el estudio de la situación del administrado se completa el de la presente parte de la tesis. En el transcurso de dicho estudio veremos como se realiza la afirmación de que el examen de las diversas materias que constituyen la Parte Especial no puede por menos de arrojar luz sobre los conceptos de la Parte General, pues la aplicación de los mismos hace necesaria una adaptación a la realidad, corrigiendo determinados puntos de vista o bien precisando otros imperfectamente estudiados hasta entonces.

#### **A) Generalidades.**

Es opinión común de la doctrina que el Derecho administrativo se monta sobre la base de la dualidad entre prerrogativa de la Administración y garantía del administrado. Respondiendo a esta tendencia GARRIDO (1) considera el estudio de la relación entre la Administración y el administrado como una de las notas esenciales e inherentes al concepto de Derecho administrativo.

Lo acertado de la postura anterior exige un estudio de la situación jurídica del administrado a cualquiera que se impenga la tarea de realizar un examen de la intervención de la Adminis



traci6n en una determinada materia. Pero para ello ser6 preciso examinar lo ya elaborado por la doctrina y aplicarlo en el caso de que el resultado de la investigaci6n sea bastante para explicar todos los supuestos. Dicho resultado no es en este caso totalmente satisfactorio, ya que si bien es cierto que desde hace algun tiempo se ha sentido inter6s en la doctrina espa1ola por el concepto de administrado y sus problemas (2), no le es menos que los resultados de esta investigaci6n no pueden darse por definitivos quedando a1a muchos puntos oscuros por resolver.

Un primer punto del que se ha ocupado SERRANO GUIRADO (3) es la delimitaci6n del concepto de administrado respecto a otros t6rminos afines. En este sentido es preciso distinguir entre administrado por una parte y vecino, ciudadano, y s1bdito por otra. En el primer caso esta delimitaci6n no plantea graves dificultades. El concepto de vecino no puede confundirse con el de administrado ya que este 1ltimo hace referencia a una situaci6n de sometimiento a la gesti6n desarrollada por la Administraci6n del Estado dentro del 6mbito honorifico de su competencia, en tanto que el de vecino se est6 refiri6ndo al 6mbito en que se desenvuelve la gesti6n de intereses locales. En cambio tiene bastante m6s inter6s la distinci6n entre administrado, ciudadano y s1bdito. Para proceder a la misma es preciso que despejemos a estos dos 1ltimos t6rminos de su valoraci6n pol6tica. Las palabras ciudadano y s1bdito subrayan simplemente la situaci6n del particular en cuanto miembro de una comunidad pol6tica o en cuanto subordinado a las decisiones de los poderes que rigen esta comunidad. Quiz6s una visi6n simplis

ta del problema nos debería inclinar a identificar administrado con súbdito; pero al hacer tal cosa desconoceríamos que el administrado, precisamente en cuanto que lo es, ostenta una serie de potestades frente a la Administración pública. En definitiva el concepto de administrado, más amplio que el de ciudadano y que el de súbdito, los engloba a ambos desde el punto de vista de la situación del particular con respecto a la Administración pública.

Sin embargo resulta disculpable y posible una confusión porque lo cierto es que el término administrado es equívoco y hace referencia a dos realidades distintas. Entre los diversos conceptos de administrado que pueden ofrecerse (4) existen dos que es necesario valorar de una forma especial. Según el primero de ellos el administrado es el sujeto pasivo de la potestad administrativa (5). Según el segundo, mantenido por JEZE (6), el administrado debe concebirse como persona sujeta a cargas y obligaciones, derechos y deberes, como titular de interés con ocasión de necesidades ordinarias y extraordinarias. Mientras que en el primer concepto se intenta subrayar la sumisión a los poderes públicos, en el segundo se presta una mayor atención a las facultades y derechos que ostentan los administrados precisamente en cuanto que lo son.

No cabe duda de que el primer concepto resulta mucho más cómodo. Con arreglo a él podría procederse a efectuar una delimitación simplemente negativa según la cual sería administrado todo aquel (persona física o jurídica) que no estuviera encuadrado en

el complejo orgánico de la Administración, y también aquellas personas físicas (funcionarios) encuadradas en él en cuanto no actúan para la Administración. Pero aceptar esto y nada más que esto supone olvidar que sólo puede existir un verdadero Derecho administrativo cuando el administrado este en posesión de unos derechos garantizados por la ley; esto es, en cuanto que junto a sus deberes tenga también unos derechos defendibles ante los tribunales.

Esto supone que es necesario adoptar la segunda de las posturas mencionadas. A su vez dicha postura nos situará ante la necesidad de examinar los requisitos necesarios para que los ciudadanos puedan ejercitar sus deberes; lo que conduce a efectuar una investigación de la capacidad del particular en Derecho administrativo.

No es este precisamente un punto de excesiva claridad. No se plantean demasiadas dudas en cuanto al problema de la capacidad jurídica que suele identificarse con la personalidad jurídica a pesar de que se han señalado importantes excepciones (7), pero los problemas se agravan en cuanto a la capacidad de obrar. A pesar de lo que a primera vista pudiera parecer la distinción insipida entre capacidad jurídica y capacidad de obrar es, no sólo útil, sino necesaria en Derecho administrativo. Claramente se advierte que para los trámites legales de la expropiación forzosa - por ejemplo, la Administración no puede entenderse con un menor de edad imputer todavía. Pero en realidad el punto central sobre el que debe recaer principalmente nuestro interés es el de la ca-

pacidad de obrar como tal y los requisitos necesarios para su existencia.

Es necesario advertir la vacilación de la doctrina que se ha patentado especialmente en el caso de FORSTHOFF (8). Este autor empieza por afirmar que la capacidad de obrar en Derecho administrativo es paralela a la de Derecho civil. Dice después que esta capacidad puede establecerse en leyes especiales y que difiere de hecho con arreglo a la materia de cada ley. Y termina reconociendo que los preceptos jurídicos correspondientes a la capacidad de obrar tienen que tomarse de otras ramas del Derecho. Tanto vale como decir que en cuanto a la capacidad de obrar en Derecho administrativo es necesario proceder con un criterio casuístico, postura mantenida en la doctrina española por GARRIDO (9).

El ordenamiento positivo español fundamental claramente esta postura aunque puede deducirse de él un punto de vista general con numerosas excepciones. El artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo define quienes tienen capacidad de obrar en Derecho administrativo y el artículo 24 vuelve a referirse a la capacidad de obrar. Pero es el artículo 23 el que define a los llamados interesados en el procedimiento y esta definición se hace según sean titulares o no de derechos e intereses. Esto significa tanto como remitir a las legislaciones específicas a efectos de determinar la capacidad (10). Pero de aquí podemos deducir:

- 1.- Que en principio la capacidad de obrar es la misma del Derecho civil.

- 2.- Que existe una excepción in plus. (La capacidad de Derecho administrativo es más amplia en los casos de la mujer casada y del menor cuando su situación esté permitida por el ordenamiento jurídico. Artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo).
- 3.- Que existen numerosas excepciones in minus respecto a - las cuales hay que estar a lo dispuesto en las legislaciones específicas.

Como lógica consecuencia de lo anterior se produce el hecho de que falta en la doctrina española una definición, en concepto de administrado universalmente aceptado, ya que cuando se da se plantea en términos inadmisibles por excesivamente amplios. Tal sucede por ejemplo con el formulado por GARCIA TREVIJANO (11) que se expresa del siguiente modo: "Administrado es todo sujeto de Derecho, y en la palabra sujeto engloba a las personas físicas, a las jurídicas de Derecho público y privado, y a los centros no - personificados que se encuentran en una relación de subordinación respecto de la Administración pública". Como puede verse se ha - procedido reuniendo todos los supuestos y delimitando el concepto negativamente.

Ya hemos expresado nuestra opinión respecto a la delimitación negativa. Pero es necesario referirse también a una exageración - cometida, y no por primera vez en la doctrina española (12), al englobar a las personas jurídicas públicas en el concepto de administrado. No puede admitirse que las personas jurídicas territoriales

sean administrados (a pesar de las facultades de la Administración respecto a ellas) ya que, aunque indirectamente, participan del poder público. Pero mucho menos puede procederse así respecto a las personas institucionales en las que no puede verse un centro de intereses distinto del Estado mismo.

Todo lo dicho hasta ahora nos lleva a exponer nuestra posición en torno al fundamento del concepto de administrado, entendiendo - el término no sólo en cuanto sujeto pasivo de la actividad administrativa sino también en cuanto titular de derechos. Para nosotros este fundamento está en la relación de sujeción particular en que se encuentra el miembro de una comunidad política según OTTO MAYER (13). En virtud de la relación de sujeción particular, naturalmente de Derecho público, el individuo está vinculado respecto del Estado por efecto de la obligación general de regular su conducta - conforme a un cierto interés público. Ha de tenerse en cuenta además que en esta relación se dan actos colectivos que designan de una manera indirecta a los individuos (una cierta pluralidad de - ellos) a quienes conciernen, sin limitarse a un conjunto de personas presentes y definidas; son pues actos para personas inciertas (14).

En efecto, el concepto de administrado habrá que construirlo en cada caso estudiando el supuesto concreto de la relación de sujeción particular. Es claro que todos los miembros de la comunidad están potencialmente sometidos a esta sujeción particular en cada una de las materias sobre las que ejerce su competencia la Adminis

tración, y concretamente en varias de ellas distintas según los casos particulares. Pero la cuestión se complica porque no todos los administrados se encuentran en la misma situación. Existen - algunos respecto a los cuales la sujeción particular opera de - distinto modo que respecto a los demás imponiéndoles mayores deberes o derechos. La distinción entre el administrado tipo y el administrado cualificado encuentran aquí su lugar.

Se trata de una teoría formulada por M. CUEVAS (15) de la - que posteriormente se ha hecho eco la doctrina (16), aunque sin desarrollarla en la medida que hubiera sido de desear. En conjunto la distinción responde, como se ha dicho más arriba, a la diferente situación en que, como tales administrados, se encuentran frente al ordenamiento ciertas personas físicas o jurídicas. El - último intento de clasificación o enumeración de administrados cualificados en la doctrina española es el efectuado por DE JUAN (17) que creemos desafortunado por incluir personas jurídicas públicas.

No obstante, la utilidad de la distinción es evidente ya que sólo ella nos servirá para explicar ciertos supuestos. Pero adviértase que el administrado cualificado lo es siempre en forma derivada porque el ordenamiento jurídico le confiere esta cualidad y no porque lo sea de pleno derecho originariamente.

#### B) Plan del capítulo.

Hemos de tener bien presentes los puntos de vista previos - que nos serán de gran utilidad para comprender la situación del

particular frente a la administración de divisas. En esta materia coexisten junto al administrado tipo un conjunto de administrados cualificados constituidos por la Banca.

Estudiamos seguidamente la situación de esta que plantea interesantes problemas a los que deben darse las soluciones correspondientes, y a continuación examinamos la situación en que se encuentra el administrado tipo o simple.

## 2) La situación de la Banca.

Es preciso distinguir dentro de ella la de la Banca en general y la del Banco Exterior de España que presenta algunas particularidades. En ambos casos será preciso situarse en la perspectiva histórica que dan los antecedentes.

### A) En general.

Tras una exposición de la legislación estudiaremos la naturaleza de la figura jurídica aparentemente extraña que es la delegación de funciones.

#### a) Facultades.

##### a') Antecedentes.

Las facultades prevalentes que tiene actualmente la Banca respecto a la situación jurídica del administrado simple no son en realidad una innovación sino, por el contrario, un carácter tradicionalmente inherente a la administración española de divisas.



En efecto la Orden de 14 de junio de 1930 que creaba el Centro Regulador de Operaciones de Cambio otorgaba a la Banca una situación notablemente privilegiada. Según el artículo 2º de la Orden citada el Centro no podía operar sino con bancos y banqueros. Esto no debe parecerse extraño en primer lugar porque es lógico que sea el Banco depositario de los fondos el que actúe; pero en segundo lugar, y en defecto de la primera causa, porque el Centro estaba presidido por un Subgobernador del Banco de España e integrado por representantes de las zonas bancarias (artículo 1º). Pero por una u otra causa o por ambas a la vez lo cierto es que de este modo se inauguró una tradición legislativa que no se interrumpiría nunca por completo.

La situación permaneció prácticamente inalterada al crearse el Centro Oficial de Contratación de Moneda mientras este no se fusionó con el Centro Regulador de Operaciones de Cambio, pues si bien la Real Orden de creación de 6 de septiembre de 1930 no contenía ninguna prescripción al respecto si prohibía que se realizaran operaciones en moneda extranjera si no era a través del Centro (artículo 2º); y antes de que hubiera transcurrido un mes el artículo 4º de la Real Orden de 30 de septiembre de 1930 disponía que el nuevo Centro no podría operar mas que con bancos y banqueros. Un caso concreto se desarrolló más específicamente. El artículo 5º de la Real Orden de 10 de enero de 1931 obligaba a los exportadores a convertir en pesetas el producto de sus operaciones a través de la Banca.

La situación se modificó haciéndose más clara al producirse la fusión del Centro Regulador de Operaciones de Cambio con el - Centro Oficial de Contratación de Moneda ya que, si bien el artículo 60 del Decreto de 29 de mayo de 1931 autorizaba para presentar las solicitudes al Centro directamente o a través de la Banca, el artículo 10 del mismo texto legal confería a esta última el carácter de intermediario entre los particulares y el Centro. Con - ello quedaba clara por primera vez que la Banca no era simple administradora tipo sino un administrador cualificado que poseía una - situación especial respecto al organismo administrador de las divisas.

Este carácter expresamente atribuido desapareció durante algún tiempo de los textos legales para reaparecer después y convertirse en la situación normal en nuestros días. Pero aún durante - este período la situación de la Banca continuaba siendo especial y superior a la de los simples administradores. El Decreto de 18 de noviembre de 1936 que creaba el Comité de Moneda Extranjera hacía formar parte del nuevo organismo a un representante de la Banca - encargada de las operaciones (artículo 1º). Y ya creado el Instituto Español de Moneda Extranjera, aunque en principio no se otorgaba a la Banca ningún carácter especial, la Orden de 24 de julio de 1941 le autorizaba a cobrar una comisión del 2 por mil sobre - las operaciones efectuadas (epígrafe 22).

b') Régimen actual.

Empieza a configurarse ya en el Decreto de 26 de octubre de

1951 el cual derogaba el de 21 de julio de 1951 que por primera vez había autorizado la existencia y funcionamiento de un mercado libre de divisas. Según el primero de los textos legales citados las operaciones del mercado libre (artículo 2º y 3º) debían efectuarse obligatoriamente a través de la Banca, previa delegación de funciones del Institute. Otro Decreto de la misma fecha (26 de octubre de 1951) autorizaba para efectuar la delegación, especificándose que las instrucciones se dictarían de acuerdo con la Dirección General de Banca y Bolsa (artículo 2).

De este modo apareció en la legislación española la figura jurídica de la "Delegación de funciones e facultades" en la Banca, ampliamente desarrollada después y que se mantiene todavía en vigor. Así, varios días después de haberse facultado al Institute para la delegación se dictó la Instrucción de 31 de octubre de 1951 cuya norma I establecía que las operaciones del mercado libre de divisas se llevarían a cabo por la Banca delegada. Sin embargo la fórmula legal que se adoptaría definitivamente sería la del Decreto de 5 de abril de 1957 según el cual las operaciones de compra y venta de divisas podrían efectuarse directamente por el Institute o por la Banca delegada (artículo 5).

De todas formas, aunque los textos hasta ahora citados nos sean útiles para perfilar la situación de la Banca, el régimen actualmente en vigor es el establecido por el Decreto-ley de 21 de julio de 1959. Según el artículo 6º de éste se distinguen dos regímenes en materia de divisas. Para las admitidas a libre cotización se dispe-

ne la obligación de venderlas en el mercado (article 6, 1), realizándose las operaciones a través del Institute, de las oficinas de cambio que se establezcan o de las entidades de la Banca oficial o privada en quienes delegue (article 6, 3). El sistema se completó con la promulgación de la Orden de 25 de agosto de 1959 cuya norma 12 disponía que las operaciones relativas a las divisas no admitidas a libre cotización debían realizarse también por la Banca delegada. Con ello quedaban en manos de esta última la totalidad de las gestiones realizadas en materia de divisas acerca del Institute Español de Moneda Extranjera. Y esto se demuestra de una forma palpable en la Resolución de 19 de julio de 1961 que daba normas sobre la convertibilidad de la moneda. Según esta disposición la Banca delegada puede abrir sin previa autorización cuentas extranjeras en pesetas convertibles (article 2º) y además las instrucciones que en el ejercicio de su competencia dicta el Institute Español de Moneda Extranjera se llevarían a cabo mediante Circular a la Banca (article 10).

No obstante sería manifiestamente erróneo entender que las facultades cuyo conjunto constituye la situación de la Banca forman un bloque único. Es preciso distinguir el régimen de las operaciones que se realizan en el mercado libre, respecto a las que opera de pleno derecho la delegación, de las restantes en las que las facultades de la Banca no están equiparadas a las del Institute. Esta diferencia de régimen se advierte claramente en la regulación que establece la Orden de 11 de enero de 1952, reformando lo dispuesto en la de 24 de julio de 1941. Según la primera de -

las disposiciones citadas la comisión del 2 por mil que está autorizada a cobrar la Banca se aplicará a las operaciones que no hayan de efectuarse a través del mercado libre de divisas (artículo 1), mientras que el artículo 3º dispone que en las operaciones del mercado libre los clientes deben satisfacer a la Banca las comisiones y gastos que debería percibir el Instituto. Mientras en el primer caso la Administración fija la comisión de la Banca en ejercicio de su poder general de policía, en el segundo nos encontramos en presencia de un supuesto distinto que ha de resultarnos muy útil a la hora de investigar la naturaleza jurídica de la delegación de funciones.

b) Naturaleza jurídica de la delegación de funciones.

Al abordar el estudio de esta institución nos adentramos en el de la actuación de los particulares en el marco del Derecho administrativo. Esta puede realizarse por vía de prestación o por vía de colaboración, si bien la falta de estudio de los temas referentes al administrado hace que no se encuentren siempre bien delimitados ambos supuestos y a veces se incluyan algunos casos - al mismo tiempo en la prestación y en la colaboración (18).

De todas formas es evidente que las actuaciones de la Banca en virtud de la delegación de facultades o funciones no suponen una prestación ya que de algún modo implican una sustitución de la actividad administrativa. Hemos de recurrir por tanto a la teoría de la colaboración de los administrados con la Administración.

No vamos a referirnos a la fundamentación de esta colabora -

ción porque entendemos que es muy variada y es preciso tratarla con un criterio casuístico (19). En cambio si es preciso que nos refiramos a la clasificación de las formas de colaboración. Las más importantes de ellas han sido las efectuadas en la doctrina extranjera por GENY y ZANOBINI y en la española por GARRIDO y GASCON Y MARIN.

GENY (20) distingue como formas de colaboración la ingerencia en el servicio público, la descentralización administrativa, y la actividad paralela de los particulares. ZANOBINI (21) en cambio distingue el ejercicio privado de funciones públicas, y la concesión. En la doctrina española GARRIDO (22) se refiere al ejercicio privado de funciones públicas (recolecta de ZANOBINI), la actuación de los funcionarios de hecho, y la negotiorum gestio a favor de entidades públicas; y GASCON Y MARIN (23) hace una clasificación más casuística distinguiendo: 1º. Acción popular. 2º. Asunción espontánea de un servicio público. 3º. Ejercicio privado obligatorio de servicios públicos. 4º. Equiparación de la actividad del particular a la de los funcionarios. 5º. Referendum. 6º. Concesión.

Más adelante tendremos ocasión de volver sobre estos puntos de vista doctrinales. Por ahora los hemos recogido para mostrar la coincidencia de la doctrina al clasificar la concesión entre los modos de colaboración ya que esta supone una ingerencia en el servicio público (GENY). Y en este momento el caso del concesionario resulta especialmente interesante por estimar que la delega -

ción de funciones en la Banca debe incluirse en el supuesto de -  
la concesión de servicios públicos.

Pero es necesario probar esta afirmación. Debemos referir -  
nos al concepto de concesión y a las notas esenciales del mismo  
para ver si aquel conviene y estas se dan en el supuesto que nos  
ocupa. Partamos para ello de puntos de vista lo más amplios po-  
sible. En realidad la concesión, forma la más importante de ges-  
tión de los servicios públicos, ha evolucionado y ha ido perfec-  
cionándose notablemente desconectándose de algunas ideas primiti-  
vas fuertemente vinculadas a ella en un primer momento.

Si partimos de los puntos de vista generales que hemos consi-  
derado necesarios debemos estimar con ALESSI (24) que la noción -  
de concesión es muy amplia comprendiendo cualquier "procedimien-  
to" que implique la esfera jurídica de los particulares confirién-  
doles ventajas de modo directo e inmediato. Para ALESSI (25) la  
concesión de servicios públicos es simplemente una categoría. Pe-  
ro es precisamente ésta la que nos interesa ahora.

De ningún modo intentamos reelaborar el concepto de concesión  
ni revisar su amplia y rica problemática. Intentamos simplemente -  
comprobar si el presente caso puede encajarse dentro de la idea  
de concesión de servicio. Unas puntualizaciones previas nos obvia-  
rán numerosos inconvenientes.

El concepto de concesión de servicios se ha visto tarado du-  
rante largo tiempo por la conexión con la realización de la obra

pública (26), hasta el extremo de que ciertos autores, aun no creyendo esencial la realización de la obra para que exista la concesión, se creen obligados a referirse a la posibilidad de que se de simultáneamente (27). Repetidas veces ha expresado la doctrina francesa su punto de vista, que compartimos, sobre la necesidad de no confundir los conceptos (28).

Una segunda confusión que se da con mucha frecuencia es la que se deriva del hecho de que la forma en que se ha otorgado la concesión ha sido el contrato por lo que se han sucedido teorías e tras teoría intentando explicar la naturaleza de la institución según los diversos supuestos contemplados (teorías del acto contractual, del acto unilateral, del acto mixto). Estimamos con GARRIDO (29) que si bien es cierto que en nuestro Derecho positivo lo normal es que se utilice el mecanismo contractual, nada obsta para que la concesión se otorgue ex lege.

Por último estimamos con ALESSI (30) que la prestación en régimen de monopolio no es inherente a la idea de la concesión administrativa de servicios. En cuanto a esta exigencia, se trata en realidad de una perspectiva defectuosa provocada por haberse contratado la contemplación de la figura que nos ocupa en algunos supuestos específicos como los transportes o las obras públicas. Pero si bien la categoría conceptual tiene que servir para explicar estos supuestos no tiene por que circunscribirse a ellos.

Hechas estas advertencias podemos examinar ya si el concepto de concesión conviene a la delegación de funciones en la Banca. -



Nos limitamos para ello a la idea común acerca de la concesión - tal como se expresa por la doctrina. Desde este punto de vista vemos que GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS (31) estiman que la concesión consiste en la atribución de poder que la Administración - confiere a un particular para que rija durante cierto tiempo la - gestión de un servicio. Es evidente que el concepto conviene al - supuesto ya que mediante la delegación de funciones se confiere a la Banca el poder de efectuar durante cierto tiempo (aunque este permanezca indeterminado) la compraventa de divisas considerada - como competencia exclusiva del Instituto por su ley fundacional.

La doctrina francesa da un concepto que conviene igualmente a nuestro caso con las salvaduras hechas más arriba. Así RIVERO (32) considera la concesión como un modo de gestión de un servicio en el cual una persona pública, concedente, encarga por contrato a una persona privada, concesionario, de hacer funcionar el servicio durante un cierto tiempo, asumiendo las cargas de éste - mediante el Derecho de remunerarse sobre los usuarios; y casi en idénticos términos se expresa LAUBADERE (33). Para VEDEL (34) la concesión es un procedimiento por el cual una persona pública, - llamada concedente, confía a una persona física o moral llamada concesionaria la obligación de gestionar un servicio público bajo el control de la autoridad concedente mediante una remuneración que consiste habitualmente en las rentas que el concesionario percibirá de los usuarios del mismo.

Desde luego la delegación de funciones en la Banca cumple -

los requisitos que los autores citados exigen para que exista - una concesión administrativa tal y como se desprende de la exposición que hicimos antes de la situación jurídica-positiva española.

Pero para probar esto de una forma más detallada y concluyente vamos a examinar los caracteres inherentes a la concesión para ver si se dan en el caso que nos ocupa. No todos los autores exponen de una forma detallada cuales son esas normas. Así - por ejemplo, para GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, lo decisivo - es que el interés general prevalece sobre los intereses privados (35). Es claro que la situación se da en este caso, ya que la Administración no efectúa la delegación de funciones para que el - Banco concesionario se luere sino para que a través de la delegación pueda efectuarse de una forma más fácil, cómoda y rápida la compraventa de divisas.

GASCON Y MARIN (36) hace en este punto una observación muy - interesante. Para él, siendo la efectividad la idea esencial del servicio público, no puede hallarse este a merced de su relación o no por el concesionario y por ello es requisito esencial el que pueda efectuarse el servicio mediante sustitución. Nosotros entendemos que GASCON se refiere a que el servicio debe poder realizarse o por la misma Administración o por otro particular. El primer caso aparece expresamente admitido en el Decreto-ley de 21 de julio de 1959 (artículo 6). En cuanto al segundo no se dará en esta materia ya que, teniendo en cuenta precisamente la necesidad de -

que se preste el servicio, la delegación no se efectúa a favor de un solo banco sino de varios a la vez.

Otra opinión digna de ser tomada en cuenta es la que expresa VEDEL para quien en la concesión existen dos ideas dominantes: (que se dan ambas en nuestro caso); 1º. Existe un servicio público que debe funcionar en interés general y bajo la autoridad de la Administración. 2º. De otra parte una empresa capitalista con ánimo de lucro (37). El concesionario debe por tanto actuar en nombre propio, requisito que se da también en nuestro caso.

Por último GARRIDO (38) hace una enumeración bastante completa de los rasgos esenciales que caracterizan la situación del concesionario. Irems exponiéndoles y aplicándoles correlativamente a nuestro supuesto. Según GARRIDO estos rasgos son:

1.- La Administración dispone de un poder originario para controlar el servicio y hacer que se preste en las condiciones reglamentarias. Ya hemos visto que el artículo 2º del Decreto de 26 de octubre de 1951 (que autorizaba para efectuar la delegación de funciones) disponía que se cursarían instrucciones a la Banca de acuerdo con la Dirección General de Banca y Bolsa.

2.- El personal no tiene carácter de funcionario público. Sobre esto no es necesario insistir. Es evidente que los empleados de la Banca delegada no tienen el carácter de funcionarios.

3.- El concesionario dispone de poderes de policía delegados. Es claro que en nuestro caso la Banca puede reglamentar el uso del

servicio.

4.- La Administración conserva la facultad de controlar las tarifas. Ya nos hemos referido a la fijación por la Administración de las tarifas que debería cobrar la Banca que son las mismas que cobraría el Instituto (Orden de 11 de enero de 1952). A las tarifas que podía percibir el Instituto Español de Moneda Extranjera se refería también el artículo 15 de la Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 siendo indudable que la Administración conserva la facultad de fijarlas y por tanto la de alterarlas.

5.- La situación del concesionario es temporal. Se trata en este caso de una nota que se da indudablemente tanto más cuanto - que no habiendo mediado contrato la Administración puede revocar la delegación si lo considera oportuno.

6.- El servicio ha de prestarse por el concesionario pero este puede transmitir sus derechos previa autorización. No parece que pueda darse esta nota en el caso presente por cuanto los derechos han sido unilateralmente otorgados. Y por otra parte con la transmisión a un tercero no se cumple en este caso la finalidad de asegurar la prestación del servicio. Las restantes entidades bancarias y el mismo Instituto pueden seguir prestando.

7.- El concesionario puede beneficiarse de las prerrogativas administrativas. Aunque en principio habría que afirmar que esta nota también se da lo cierto es que más que a estos supuestos dicha nota parece aplicable a la concesión efectuada mediante contra

te referente a la ejecución de una obra o a la explotación de una línea de transportes.

8.- La Administración dispone de una potestad sancionadora sobre el concesionario. Ya nos hemos referido a la facultad de dictar instrucciones. No cabe duda de que también puede imponer sanciones a causa de las contravenciones que se hayan producido.

Aunque no todas las netas se den en su plenitud el examen de las mismas resulta claramente revelador. La delegación de funciones o facultades en la Banca debe incluirse en el marco de la concesión administrativa otorgada mediante un acto unilateral de la Administración.

Pero esta afirmación no resuelve todos los problemas. La Banca asume como delegada la realización de la compraventa de divisas, función asignada al Instituto como cometido exclusivo de este por su Ley de creación. Pero además de este las operaciones que no se efectúan en el mercado libre deben gestionarse ante el Instituto precisamente por la banca delegada. En este caso no estamos en presencia de una concesión ya que el objeto de la concesión es la compraventa y estas facultades a las que aludimos ahora no la suplen. Se trata simplemente en este caso de que al concesionario se le ha otorgado una prerrogativa más en cuanto tal concesionario, aunque una prerrogativa que no se refiere al objeto de la concesión. La Banca delegada sigue cumpliendo aquí su misión de intermediaria. Claramente se observa en este caso la diferencia que media entre el administrado cualificado (Banca) y el administrado tipo (parti-

cular) ya que el primero ostenta una representación legal forzosa de los intereses del segundo. La inclusión de estas facultades entre las inherentes a la concesión es imposible porque en tal caso supondría la atribución al concesionario de un poder jurídico (autorización administrativa) que evidentemente no tiene.

B) En especial del Banco Exterior.

Nos hemos referido más arriba (39) a la facultad atribuida al Institute de efectuar por cuenta del Estado el servicio de Tesorería en el exterior. Este servicio se presta en colaboración con el Banco Exterior de España situación que merece la pena ser estudiada. Entramos inmediatamente en el problema.

La Ley de 31 de diciembre de 1941 disponía que el servicio de Tesorería en el exterior sería desempeñado por el Institute - (artículo 1º) sin referirse a ningún otro ente que debiera actuar en esta materia. Sin embargo la Orden de 9 de febrero de 1944 asignaba al Banco Exterior la obligación de realizar gratuitamente este servicio de Tesorería, cuando el Gobierno lo tuviese por conveniente. Por lo demás no es este el único supuesto en el cual el Banco está obligado a colaborar con la Administración (40).

Se plantea aquí un interesante caso de colaboración de los particulares con la Administración. Para nosotros el supuesto debe encuadrarse dentro de lo que llama GARRIDO (41) obligación de colaborar por razón de ciertas profesiones, que viene a coincidir con lo que llama GASCON Y MARIN (42) equiparación de la actividad del

particular a la del funcionario.

En efecto, GARRIDO considera incluidas en el marco de estas obligaciones por razón de la profesión a las colaboraciones consistentes en ciertas actividades que son consecuencia de particulares obligaciones impuestas por el Estado a la profesión. En torno a este punto la doctrina italiana ha montado una discusión referente a la nota de excepcionalidad con que los profesionales son requeridos. Así ALESSI considera como supuestos de colaboración únicamente a las actividades de los profesionales encargados de una función pública (43) que denomina sujetos auxiliares siguiendo la terminología de SANTI ROMANO (44); entre ellos se estudian el caso del particular que sin dejar de serlo asume una función pública que constituye su profesión (Notario) y el caso en el que la función pública viene a constituir una especie de apéndice de ciertas profesiones (Ministro del culto católico, capitán de barco mercante). Se rechazan los demás supuestos, contra la opinión de ZANOBINI, por entender que los demás profesionales requeridos no realizan un servicio público sino un servicio de utilidad pública según el artículo 339 del Código penal italiano (45).

Aunque la distinción que hace la legislación italiana no se da y por tanto no podemos adoptar esta posición, creemos sin embargo que la excepcionalidad debe ser retenida como nota importante ya que de lo contrario no estaríamos en presencia de una auténtica colaboración. Para nosotros la prestación de servicios públicos por razones profesionales con carácter permanente sólo muy difícil

mente puede incluirse en el marco de una colaboración. En cambio, en nuestro caso, si estamos en presencia de una colaboración verdadera. El Banco Exterior colaborará con el Institute en la realización del servicio de tesorería sólo transitoriamente y cuando el Gobierno lo estime conveniente.

### 3) La situación del administrado.

Junto a la situación del administrado cualificado (la Banca) es necesario examinar también la del administrado simple o particular, que presentará problemas de interés sobre todo en lo referente al Derecho de los administrados sólo de las divisas.

#### A) Generalidades.

Un estudio de la situación del administrado tiene interés especialmente desde el punto de vista de la actividad de este en el campo del Derecho administrativo. Dicha actividad puede plantearse desde el punto de vista de la colaboración o desde el punto de vista de la prestación, según se lleve a cabo voluntariamente o no, si bien no parece que el estado actual de la investigación nos permita tomar esta afirmación en un sentido definitivo. A su vez esta actividad, o, mejor dicho, el grado de coacción exigible repercute en los derechos de los administrados.

No resulta especialmente interesante en el campo de la Administración de divisas la colaboración del administrado, por lo que vamos a ocuparnos exclusivamente del concepto de prestación signifi-  
do en la exposición del mismo a ALESSI que ha sido quien lo ha cul-



tivado con mayores frutos. Según ALESSI (46) puede definirse con LUCIFREDI el deber administrativo de prestación como aquellas obligaciones jurídicas de los particulares a consecuencia de las cuales, independientemente de específicas relaciones voluntarias con entes públicos, sólo en cuanto tales administrados, están obligados a proveer a los mismos de aquellos bienes patrimoniales y aquellas actividades personales que son necesarias a dichos entes para la satisfacción de necesidades colectivas que deben proveer. Indudablemente en nuestro caso lo que nos interesa son las prestaciones patrimoniales, ya que el derecho del particular sobre las divisas es un derecho de carácter patrimonial.

Al referirnos a una prestación es claro que estamos hablando de un deber jurídico con un contenido positivo que tiene como base la relación general de sujeción del individuo respecto al Estado. En efecto, si intentamos buscar el fundamento de la prestación nos encontramos con que si bien el fundamento práctico está en la serie de necesidades del Estado en virtud de las cuales debe disponer de una gran masa de medios materiales, reales, y personales, el fundamento jurídico no es otro que la situación de supremacía estatal. Claro es que suponiendo en muchos casos las prestaciones una intervención en la libertad y la propiedad de los particulares, el deber de prestación debe surgir directamente de una ley. Pero de esta sólo surge un deber abstracto que únicamente se actúa mediante la concurrencia que determinados eventos.

Lo hasta ahora dicho debe tenerse bien presente a causa de la importancia que puede tener para la situación en orden a las divisas; pero más importancia tiene todavía en este sentido la entre las diversas clases de prestaciones que nos servirá para encuadrar nuestro supuesto en el marco de un instituto jurídico administrativo concreto. Según ALESSI la más importante de las distinciones es la que trata de diferenciar prestaciones de cosas y prestaciones de actividad. Por otra parte GARRIDO (47), - aceptando la terminología de LUCIFREDI, se refiere a las prestaciones in natura entre las que incluye las transferencias e activas de las que tendremos ocasión de hablar.

Pero veamos antes en que términos se plantea la situación en

#### B) La legislación española.

La situación vigente es la que se produjo a la promulgación del Decreto-ley de 21 de julio de 1959 llamado vulgarmente Plan - de estabilización sobre el que debemos insistir una vez más. Según el artículo 6 de este importante texto legal existen dos regímenes distintos en orden a las divisas. Las admitidas a libre cotización se negociarán en el mercado libre (apartado 1); las no admitidas continúan en la situación anterior, esto es, subsiste la obligación de cederlas al Instituto (apartado 2). El cumplimiento del Decreto-ley citado se dictó la Orden de 25 de agosto de 1959 que consagraba la situación otorgando la más absoluta libertad a las divisas de libre cotización y disponiendo que el Insti-

tute fijaría cambios semanalmente para las no admitidas; las operaciones relativas a estas últimas debían efectuarse a través de la Banda delegada (norma 12).

Este fraccionamiento del régimen de las divisas tiene importantes consecuencias en este punto concreto de nuestro estudio. - Las divisas admitidas a libre cotización no plantean problemas especialmente importantes ya que las facultades dispositivas de los particulares permanecen íntegras. Pero otra cosa sucede con las divisas no admitidas a libre cotización respecto a las cuales subsiste íntegramente el régimen anterior.

Dicho régimen arranca de las disposiciones primitivas sobre la materia, inmediatamente posteriores a la guerra civil. En este sentido el Decreto-ley de 14 de marzo de 1937 obligaba a todas las personas naturales o jurídicas a ceder al Estado la moneda extranjera que les pertenecía. No obstante, el texto que institucionalizó definitivamente la situación y al que hacen referencia las disposiciones posteriores, es la Ley de 4 de mayo de 1948, en su artículo 1º obligaba a todas las personas físicas o jurídicas a declarar ante el Instituto Español de Moneda Extranjera la posesión o adquisición de divisas, oro, y valores españoles o extranjeros de cotización en el mercado internacional. Otros dos artículos completaban el sistema. El artículo 3º obligaba a ceder al Instituto las divisas previo pago de su importe en pesetas. El artículo 10 disponía que las personas o entidades que necesitasen hacer uso de las divisas deberían solicitar del Instituto la libre dis-

penibilidad de las mismas. El sistema se mantuvo en vigor a través de la evolución de nuestro régimen de divisas hasta que sobrevino la estabilización. Así la Instrucción de 31 de octubre de 1951 disponía en su norma IV que "para la venta de divisas no cotizadas en la Bolsa el Instituto Español de Moneda Extranjera formularía las oportunas sesiones con los procedimientos habituales". Y el Decreto de 5 de abril de 1957 mantenía expresamente vigente en su artículo 2º la obligatoriedad de la sesión de divisas establecida por el artículo 3º de la Ley de 4 de mayo de 1948.

Si intentamos realizar un esfuerzo en aras de la precisión técnico-jurídica hemos de plantearnos el problema de la calificación del derecho que tiene el particular sobre las divisas, y el de la investigación acerca del Instituto jurídico-administrativo donde es preciso encuadrar el régimen administrativo de la propiedad privada de esta clase de bienes. Entramos en el problema en el apartado siguiente.

#### ©) Las transferencias coactivas de divisas.

Al plantearse el problema de los derechos de los particulares en torno a esta materia una primera aproximación escasamente precisa nos llevaría a encuadrar estos derechos entre los llamados - por la doctrina italiana derechos delimitados o condicionados. Sin embargo nada resultaría más inexacto ya que, según la postura expresada por GARRIDO (48), que estimamos correcta, sólo estamos en presencia de un verdadero derecho debilitado o condicionado cuando el derecho subjetivo del particular haya sido concedido voluntaria

mente por la Administración. En cambio la utilidad de la doctrina no resulta tan clara en aquellos casos en que la Administración tiene facultades para sacrificar derechos cuyo origen esta en la ley. Esto significa simplemente que en Derecho administrativo no existen derechos absolutos de los particulares. Todos los derechos estan sometidos al mecanismo de la concesión obligatoria mediante indemnización. Es por tanto en esta última teoría donde debemos buscar la explicación del supuesto que nos ocupa.

Según GARRIDO (49) el fundamento de la indemnización esta en la igualdad de los ciudadanos ante la ley, principio que se fortalece en los casos de transferencia coactiva ya que entonses se da también un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración.

Sin entrar en la serie de disputas que se han planteado en torno a esta teoría (50) vamos a ocuparnos de un punto de ella - que nos parece muy importante. Nos referimos a la cuestión de la fijación del precio en que la indemnización ha de consistir. En esta cuestión nuestro Derecho positivo no da una solución concreta. El derecho a indemnización ha sido establecido en nuestro sistema jurídico-positivo por la Ley de Expropiación Forzosa y posteriormente por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Nos interesa especialmente esta última ya que la primera dejaba fuera de su ámbito de aplicación las ventas forzosas reguladas por la legislación especial en materia de abastecimientos, comercio y divisas (artículo 2, 1).

Según GARRIDO (51) pueden darse dos supuestos en la materia.

1. Que las leyes anteriores a la Ley de Expropiación Forzosa y a la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado no reconocieran el derecho a indemnización en cuyo caso habrá que estimarlas derogadas.
2. Que las leyes especiales reconocieran el derecho a indemnización en cuyo caso habrá que estar al texto de la Ley especial.

Este último es precisamente nuestro caso. Pero en él se da una peculiaridad importante. No sólo se reconoce el derecho a indemnización sino que la cuantía de la misma está ya fijada de antemano. Se trata simplemente del importe de las divisas en pesetas al cambio oficial. La existencia de un precio oficial señalado por el Instituto preve los casos de indemnización, pero a su vez deja abierto el problema de la posibilidad de discutir la indemnización ante la jurisdicción contencioso-administrativa (52).

Pero un encuadramiento de la situación en la conversión obligatoria de derechos que la indemnización explica, no debe bastar. Es necesario averiguar en qué institución debe encuadrarse entre las varias cuyo sistema constituye el régimen jurídico administrativo de la propiedad privada.

Como es sabido la más importante de ellas es la expropiación forzosa. Sin embargo en nuestro caso no podemos incluir el supuesto en esta institución ya que, a más de la exclusión del régimen

jurídico-positivo y procedimental que efectúa la Ley reguladora de esta institución, no estamos aquí en presencia de un verdadero supuesto de expropiación, manejando este término en sentido impreciso. Se trata de una expropiación del uso, pero además del uso de cosas fungibles. Hemos de recurrir por tanto a la institución vecina de la expropiación forzosa denominada requisa.

A pesar de que durante algun tiempo no establecía una diferencia clara entre ambas instituciones, hoy día se admite comúnmente que se trata de figuras jurídicas distintas. A esta diferencia se refiere en la doctrina italiana ZANOBINI (53) cuando dice que en la requisa lo que se genera es una obligación del propietario de tener la cosa permanentemente a disposición de la autoridad. En la doctrina francesa se refiere a la necesidad de diferenciar los supuestos LAUBADERE (54) para quien la expropiación y la requisa son diferentes por los objetos sobre los que recaen, por la excepción de las garantías que comportan, y por el procedimiento a que están sometidos; y VEDEL expone la diferencia entre ambos casos (55) considerando que las razones de la misma son:

- 1.- Que la expropiación recae sólo sobre inmuebles, mientras que la requisa recae sobre toda clase de bienes.
- 2.- Que la requisa se da sólo en casos excepcionales.
- 3.- Que la expropiación requiere intervención de la autoridad judicial mientras que la requisa sólo necesita intervención administrativa.
- 4.- Que las reglas de la indemnización son diferentes en ambos

casos.

Para nosotros las diferencias que aprecia VEDEL no son todas del mismo valor. Coincidimos con él en cuanto a los números 3 y 4 pero no podemos aceptar los dos primeros ya, que, al menos en nuestro Derecho, la expropiación no se aplica sólo a los inmuebles; - y en cuanto a la urgencia se da también en casos de expropiación por lo que no puede servirnos de criterio de distinción (56). Pero de todas formas los criterios de diferencia en cuanto a la indemnización y la no intervención de la autoridad judicial son bastante para perfilar la institución como independiente.

Sin embargo es necesario averiguar ahora a que clase de requisas hay que referir la cesión obligatoria de divisas. En nuestro caso estamos en presencia de una requisa de uso pero de una requisa con caracteres especiales ya que los bienes sobre los que recae son, si no consumibles (57), si por lo menos fungibles. En este caso GARRIDO (58) se refiere a transferencias coactivas de propiedad, concepto estudiado en la doctrina española por VILLAR PALASI. Y precisamente dentro de este caso es donde enmarca GARRIDO la excepción expresa que hace la Ley de Expropiación Forzosa en materia de comercio, abastecimientos y divisas (59). La diferencia del supuesto con la expropiación es clara ya que

- 1.- En este caso no se expropia un corpus sino un genus.
- 2.- El expropiado no es una persona determinada sino un grupo.
- 3.- El bien se destina a la misma finalidad que tendría en manos del propietario (60).



Estas diferencias nos permiten apreciar algunas de las notas de esta figura jurídica que se dan todas ellas en materia de divisas. En efecto, en nuestro caso, no se expropia un corpus, - cantidad determinada de divisas, sino un genus, todas las divisas no admitidas expresamente a libre cotización; el expropiado no es una persona determinada sino un grupo, los tenedores de divisas; el bien se destina a finalidades parecidas a las del propietario, necesidades en orden al comercio exterior. A esto hay que añadir por otra parte que el precio no es un precio individualizado sino general que se impone toties quoties: el tipo de cambio fijado oficialmente.

Pero examinemos más de cerca esta institución (61), que evidentemente supone una anomalía en cuanto al sistema clásico del Derecho administrativo.

En primer lugar nos encontraremos con que la obligación del particular, a diferencia del supuesto normal de prestación, implica en este caso una especial sujeción del destinatario de la orden. Y por más que no se trata sino de una relación compleja en la que existen varias obligaciones y derechos, lo cierto es que la relación especial de sujeción permanece. Esta relación juega como elemento esencial del concepto de administrado respecto a esta materia específica. Esto lleva consigo por otra parte el carácter personal de la obligación que no se transmite con la posesión de la cosa. La obligación se impone al tenedor y lo que sucede es que, al producirse la transmisión, desaparece la antigua obliga -

ción de ceder las divisas y surge otra en la que el obligado es el nuevo poseedor.

Otros caracteres esenciales de la transferencia coactiva de bienes fungibles que se dan también en materia de divisas son las peculiaridades en torno al objeto de la transferencia y la cuantía de la indemnización. Respecto al primer punto el objeto de la transferencia puede ser toda la producción o una parte de la misma que fija unilateralmente la Administración en función de la capacidad productiva y, en nuestro caso, en función de circunstancias concretas de política económica. En cuanto al precio, en materia de divisas adquiere pleno valor la afirmación de que, en estos casos, responde a motivaciones políticas desligadas de la economía individual o incluso del precio real.

Por último nuestro supuesto responde también a la exigencia de descentralización que se ha producido en estos casos. La gestión puede encomendarse entonces a órganos de descentralización regidos por la Administración y los particulares, a una caja especial, destinada a proveer de fondos en estas materias, a un Ministerio creado ad hoc, o a un Ministerio que se encarga de realizar la gestión aunque no con carácter exclusivo. Tal sucede según VILLAR (62) respecto a la administración de divisas en el caso del Ministerio de Comercio.

Nosotros nos permitimos precisar algo más la afirmación en el sentido de que la gestión realizada sin carácter exclusivo por

el Ministerio se lleva a cabo, bajo la tutela de este, por un órgano funcionalmente descentralizado. Tal es el caso del Instituto Español de Moneda Extranjera.-

N O T A S

- (1) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 117.
- (2) V. además de la bibliografía citada en el resto del capítulo la obra de MESA MOLES SEGURA, Participación de los administrados en la obra de la Administración, Boletín de la Universidad de Granada, núms. 22 y 23, febrero y abril de 1953.
- (3) SERRANO GUIRADO, Voz "Administrado" en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, tomo II, págs. 379-380.
- (4) V. DE JUAN, Sobre el concepto de administrado, Documentación Administrativa, núm. 56-57, Madrid, 1962, págs. 67 y 68.
- (5) SERRANO GUIRADO, Ob. cit., pág. 378.
- (6) JEZE, Principios generales del Derecho administrativo, tomo III, pág. 163.
- (7) En este sentido FORSTHOFF señala que, al menos en el ordenamiento alemán, puede darse el caso de que existan entidades de Derecho público que ostenten la capacidad jurídica a pesar de no ser personas jurídicas. Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 258.
- (8) FORSTHOFF, Ob. cit., pág. 259.
- (9) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 307.
- (10) Creemos que debe rechazarse la postura de DE JUAN el cual no estudia el supuesto del interesado al ocuparse del adminis -

trado por parecerle que el primero está construido a efectos de pura técnica de la Administración en el campo puramente formal de la actuación en materia procedimental. Sobre el concepto de administrado, Documentación Administrativa, núm. 56-57, Madrid, 1962, pág. 74.

Nos extraña que esta actuación se considere no jurídica. Pero dejando esto aparte, lo cierto es que el administrado actuará como tal defendiendo sus derechos a través del marco legal (Ley de Procedimiento Administrativo) y por tanto resulta necesario saber cuando está facultado para ello.

- (11) GARCIA TREVIJANO, Curso de Derecho administrativo, tomo I, - vol. I, Salamanca, 1961, pág. 309.
- (12) V. en este sentido SERRANO GUIRADO, Voz "Administrado" en la Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, tomo II.
- (13) OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, I, trad. esp., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 136.
- (14) OTTO MAYER, Ob. cit., págs. 136 y 144.
- (15) M. CUEVAS, La teoría jurídica del administrado, Revista de Derecho Público, 1932, pág. 73 y sigs.
- (16) Recogen la distinción SERRANO GUIRADO, Voz "Administrado" en la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo II, pág. 379; GARCIA TREVIJANO, Curso de Derecho administrativo, tomo I, vol. I, Salamanca, 1961, pág. 310; GARHIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 311 en nota; y DE JUAN, Sobre el concepto del administrado, Documentación Administrativa, núms. 56 y

57, Madrid, 1962, pág. 72.

(17) DE JUAN, Ob. cit., pág. 73.

(18) Así por ejemplo, GARRIDO, estudia la actuación de ciertos administrados por rason de su profesión entre las celab - raciones y al mismo tiempo entre las prestaciones de los particulares. Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 314 y en el tomo II de la misma obra, 1960, págs. 205-206 y 208.

(19) Con nuestra opinión GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, II, 7ª ed., Madrid, 1959, págs. 437 y sigs.

(20) GENY, La collaboration des particuliers avec l'Administra - tion Sirey, Paris, 1930.

(21) ZANOBINI, L'essencioio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, en el Primo trattato completo di Dirite amminis - trative italiane, vol. II, parte 3ª.

(22) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Insti - tute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 312 y sigs.

(23) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, Madrid, - 13ª ed., pág. 370.

(24) ALESSI, Sistema istituzionale del Diritte amministrative ita - liane, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 176.

(25) ALESSI, Ob. cit., pág. 177.

(26) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 364.

(27) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, Ma - drid, 7ª ed., 1959, pág. 389.

- (28) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1962, p  
pág. 389; LAUBADERE, Traite elementaire de Droit administra-  
tif, 2ª ed., Paris, 1957, págs. 568 y sigs.
- (29) Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios  
Políticos, Madrid, 1960, pág. 363.
- (30) ALESSI, Sistema istituzionale di Diritte amministrative ita-  
liane, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 178.
- (31) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, 7ª  
ed., Madrid, 1959, pág. 389.
- (32) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1962, -  
pág. 389.
- (33) LAUBADERE, Traité elementaire de Droit administratif, 2ª ed.,  
Paris, 1957, págs. 568-569.
- (34) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 570.
- (35) GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, Ma-  
drid, 7ª ed., 1959, pág. 392.
- (36) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, 13ª ed.,  
Madrid, 1957, pág. 373.
- (37) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 574.
- (38) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de  
Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 367.
- (39) V. supra en esta misma parte, cap. II, en el epígrafe "La con-  
fusión en torno a su naturaleza jurídica ... C) Per las fun-  
ciones atribuidas".
- (40) V. la Ley de 13 de marzo de 1943 y la Orden de 31 del mismo  
mes y año. En el mismo sentido la Orden de 5 de diciembre de

1955.

- (41) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Madrid, 1961, pág. 314.
- (42) GASCON Y MARIN, Tratado de Derecho administrativo, 13ª ed., Madrid, 1957, pág. 370.
- (43) ALESSI, Sistema istituzionale di Diritto amministrativo italiano, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 73.
- (44) ALESSI, Ob. cit., pág. 171.
- (45) ALESSI, Ob. cit., pág. 73.
- (46) ALESSI, Ob. cit., pág. 603 y sigs.
- (47) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 245.
- (48) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 340.
- (49) GARRIDO, Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 218.
- (50) Como es sabido la teoría de la indemnización cubre los supuestos de actuación lícita de la Administración. Esta postura - de GARRIDO no es aceptada pacíficamente por la doctrina. Para la polémica con GARCIA DE ENTERRIA v. GARRIDO, Ob. cit., pág. 220.
- (51) GARRIDO, Ob. cit., pág. 227.
- (52) V. infra, parte V.
- (53) ZANOBINI, Corso di Diritto amministrativo, vol. IV, 2ª ed., 1945, págs. 240 y sigs.
- (54) LAUBADERE, Traité élémentaire de Droit administratif, 2ª ed.,



Paris, 1957, pág. 775.

- (55) VEDEL, *Croit administratif*, Paris, 1959, págs. 539-540.
- (56) Contra GARCIA OVIEDO - MARTINEZ USEROS, *Derecho administrativo*, I, 7ª ed., Madrid, 1959, pág. 551.
- (57) Supuesto contemplado por ALESSI, *Sistema istituzionale di Diritto amministrativo italiano*, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 631.
- (58) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 233.
- (59) GARRIDO, Ob. cit., pág. 238.
- (60) VILLAR PALASI, *Justo precio y transferencias coactivas*, *Revista de Administración Pública*, nº 18, Madrid, 1955, pág. 24.
- (61) Lo hacemos siguiendo a VILLAR PALASI, Ob. cit., págs. 11 y sigs.
- (62) VILLAR PALASI, Ob. cit., pág. 70.

**V.- LA ACTIVIDAD EN ORDEN A LA ADMINISTRACION DE DIVISAS.**

V.- LA ACTIVIDAD EN ORDEN A LA ADMINISTRACION DE DIVISAS.-

CAPITULO UNICO

S U M A R I O

- 1) Sobre el régimen jurídico de los actos.
  - A) Interés especial de la materia.
  - B) Criterios de distinción.
    - a) Problemas que se plantean.
    - b) Inadecuación del criterio del servicio público.
    - c) Criterio que se propone.
  - C) Los actos realizados por el Institute y su régimen jurídico.
- 2) Caracteres generales de los actos administrativos.
  - A) Sobre el problema de la causa.
  - B) El procedimiento administrativo.
- 3) Sobre las diversas categorías de actos.
  - A) La fijación del cambio y las relaciones internacionales.
  - B) Las concesiones.
  - C) La aprobación de operaciones realizadas por entidades oficiales.
  - D) Las cesiones de divisas.
    - a) Las cesiones de divisas para operaciones comerciales.
    - b) La cesión de divisas para viajes al extranjero.
  - E) Las autorizaciones de movimiento de capital extranjero.
  - F) Las autorizaciones de movimiento de valores cotizables en el mercado internacional.

Notas.

## V.- LA ACTIVIDAD EN ORDEN A LA ADMINISTRACION DE DIVISAS.

### CAPITULO UNICO

#### 1) Sobre el régimen jurídico de los actos.

Todo lo que se ha dicho en las partes anteriores de la presente tesis carecería de sentido e al menos resultaría notoriamente incompleto si no diésemos unas nociones y nos adentrásemos en el estudio de la actividad que desarrolla el Instituto Español de Moneda Extranjera en orden a la administración de divisas. Durante las páginas que anteceden hemos tenido constantemente presente la diversidad del régimen jurídico de los actos del Instituto, cuestión a la que ya nos hemos referido más arriba (1).

Ahora ha llegado el momento de abordar directamente el problema y de realizar un estudio del mismo mas próximo y por lo tanto mas detallado y minucioso. Antes nos interesaba simplemente subrayar que existía un fraccionamiento del régimen jurídico de la actividad del Instituto. Ahora por el contrario debemos averiguar en qué actos se centra cada una de las dos actividades a que hemos hecho referencia. Se trata de aproximarse a la cuestión planteada más arriba y abordar e intentar resolver otra, conexa, pero no identificable con ella: cuales son concretamente los actos del Instituto sometidos al Derecho público y cuales son los sometidos al Derecho privado.

**A) Interés especial de la materia.**

El estudio que nos proponemos abordar tiene una especial importancia pues es el caso que sobre la dificultad que supone el hecho de que los actos sometidos al Derecho privado operan como - límite del acto administrativo, se añade aquí otra no menos considerable. Nos referimos a la total indeterminación existente en la legislación española que, no sólo no ha sido evitada sino que ha sido creada precisamente por la legislación misma.

Esta anomalía, como otras muchas que hemos ido advirtiendo de páginas atrás, no deben sorprendernos demasiado. Son casi la regla usual en las materias referentes a la administración económica, la manifestación concreta de la flexibilidad que necesita y de la pérdida de sentido jurídico que la caracteriza. La preocupación por la eficiencia y la imperiosa necesidad de actuar en el campo económico-social han hecho que la Administración se desligue en muchos casos de viejas trabas no de una forma abierta sino más bien eslayándolas, creando una indeterminación que a veces parece deliberadamente buscada y querida. Los hechos dan la razón a GIANNINI que, según hemos visto (2), habla de la existencia de un principio general de confusión.

La actuación del Instituto Español de Moneda Extranjera en orden a la administración de divisas no es una excepción a esta situación general. Más bien atreveríamos a epinar basándonos en los textos legales que es el ejemplo más claro de la situación aludida.

Una ojeada sobre nuestra legislación nos ilustrará acerca

de lo fundado de la afirmación anterior. Respecto al Instituto Español de Moneda Extranjera el origen de la confusión está ya en un acto casi coincidente cronológicamente con su fundación y desde luego fundamental para la vida jurídica de los antes que forman parte de la Administración institucional: la aprobación de los Estatutos por Decreto de 24 de noviembre de 1939. Según el art. 7º de este texto legal el Instituto funcionará al estilo o uso bancario. Este plantea el problema de la significación del precepto, - problema decisivo en torno al supuesto que nos ocupa.

En efecto, mediante este artículo, aparentemente de escasa importancia, se puede crear una confusión tal que de lugar a opinar que estamos ante el principio de una discusión interminable. - El funcionamiento al estilo o uso bancario puede interpretarse simplemente en el sentido de que el Instituto debería actuar de acuerdo con criterios de flexibilidad y rapidez, rasgos que caracterizan a la empresa privada sobre todo si la miramos desde la perspectiva de una Administración pública claramente necesitada en reformas. En este caso el mandato que contiene el artículo no sería de un interés especialmente relevante para nosotros dados los puntos de vista prevalentemente jurídicos desde los que abordamos nuestro estudio.

Pero lo cierto es que el artículo citado es un arma de dos filos ya que puede interpretarse también en el sentido de que toda la actuación del Instituto está sometida a normas del mismo tipo que las que rigen la actividad de la Banca. (normas de Derecho

privado). Es claro que de esta forma se conseguiría la flexibilidad deseada, pero es evidente también que de ese modo la Administración, en este caso el Institute, se sustraería a la serie de reglas y controles de Derecho público que constituyen precisamente la garantía del administrado. Y no se piense que también pueden derivarse de este ventajas para el particular al desaparecer prerrogativas inherentes a la Administración, pues, dejando aparte el hecho de que siempre existe una cierta superioridad administrativa aun en la actuación de Derecho privado, las ventajas resultarían únicamente si de una forma clara y definida el régimen vigente fuera el privado y no el público. La situación actual se presta por el contrario a que el Institute pueda invocar a su voluntad su carácter de organismo administrativo con el consiguiente sometimiento al Derecho público, o su funcionamiento al uso e estilo bancario con el sometimiento consiguiente a las normas jurídico-privadas. A nadie se le oculta el peligro que esta situación envuelve para las garantías de los ciudadanos.

Por otra parte la confusión no ha sido remediada sino antes al contrario agravada por la promulgación de grandes leyes administrativas posteriores aplicables al Institute mismo o a figuras jurídicas de un interés capital para la actuación de este. Así la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 exceptúa de su aplicación en el nº 2 de su artículo 1º a las ventas forzosas reguladas por la legislación vigente en materia de comercio, abastecimientos y divisas. Con ello la actuación del Institute en uno de los sectores más importantes de la gestión que tiene

encomendada quedaba fuera de la legislación común sobre la materia. No formulamos con esta afirmación una valoración negativa del precepto de la ley quizás en este caso justificada; pero mediante él persistía la indeterminación originaria de los textos legales sobre la materia.

La Ley de Expropiación Forzosa no es por otra parte el único caso. La Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958 dispone en su artículo 5º que su régimen de se aplicará al Instituto Español de Moneda Extranjera en cuanto a las operaciones técnicas que este tenga a su cargo. Con ello el problema se complica. ¿Cuales son esas operaciones técnicas? Podría pensarse que la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas se está refiriendo precisamente a esas actividades bancarias o al menos realizadas "al estilo o uso bancario" de que hablaban los Estatutos. En este caso se habría burlado en cuanto al Instituto Español de Moneda Extranjera la regulación general de la ley ya que los Estatutos no distinguen los actos técnicos o bancarios de los que no lo son. Tanto equivaldría esta situación a excluir totalmente al Instituto Español de Moneda Extranjera de la regulación del Derecho común de las Administraciones autónomas; y aunque lo cierto es que este Derecho común se refiere más a la gestión financiera que a los aspectos administrativos no dejaría de ser significativa la exclusión.

Por último hemos de señalar también que el apartado 23 del artículo 1º del Decreto de 10 de octubre de 1958 que enumeraba



los procedimientos excluidos de la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo se refería al procedimiento que regula las actividades bancarias del Instituto Español de Moneda Extranjera. Con ello otra de nuestras más importantes leyes administrativas dejaba también de aplicarse al Instituto, y al mismo tiempo se aludía una vez más a las actividades bancarias.

Todo esto agrava el problema, ya de por sí insondable, de averiguar cuales son esas operaciones técnicas y esas actividades bancarias. ¿Está excluida de la regulación jurídico-pública toda la actuación del Instituto? En caso negativo, ¿cuáles son los actos (u operaciones) bancarios y técnicos sometidos al Derecho privado y cuáles, al no serlo, deben estimarse sometidos a normas jurídico-públicas? Entramos inmediatamente en el examen de los problemas planteados.

#### B) Criterios de distinción.

Distinguiremos en su estudio para mayor claridad tres apartados. En el primero trataremos de separar los dos problemas planteados. En el segundo haremos un especial hincapié sobre la inadecuación de la teoría del servicio público. En el tercero por último expondremos los puntos de vista de la doctrina sobre los criterios a manejar señalando al propio tiempo al que vamos a utilizar nosotros.

##### a) Problemas que se plantean.

Las dos cuestiones que hemos dejado enunciadas al final

del apartado anterior en torno a la administración de divisas no son sino supuestos concretos de dos problemas que se plantean en la Parte General del Derecho administrativo. Interesa mucho poner de manifiesto que se trata de dos problemas distintos como inmediatamente se verá aunque íntimamente conexados entre sí.

En efecto, al preguntarnos si debe entenderse que la actividad del Instituto Español de Moneda Extranjera está sometida al régimen jurídico-privado, estamos en presencia de la vieja - cuestión que se plantea en el Derecho administrativo a consecuencia de la actividad administrativa de Derecho privado. En este - punto la doctrina italiana, concretamente AMORTH, cuya posición adopta ALESSI (3), ha efectuado una distinción entre actividad - privada de la Administración y actividad administrativa de Derecho privado (4). La primera habría de referirse a la gestión patrimonial, este es, a los intereses patrimoniales, mientras que la segunda se referiría a la actuación de Derecho privado encaminada a la realización de fines públicos. A pesar de lo sugestivo de la teoría nos parece necesario rechazarla por aludir a un centro de intereses peculiarmente patrimonial distinto del interés público. Esto supondría aceptar la existencia de una doble personalidad de la Administración, teoría expresamente repudiada en nuestro Derecho por el artículo 1º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Pero a más de ello resulta inaplicable al caso concreto porque creemos haber demostrado cumplidamente que el Instituto Español de Moneda Extranjera es un caso de descentralización funcional, un Organismo Autónomo que no supone la existencia de un -

centro de intereses distinto del Estado mismo. Se hace preciso por tanto rechazar la teoría y ver no tres supuestos sino sólo dos en la actuación de la administración concretamente del Instituto Español de Moneda Extranjera: una actividad de Derecho privado y una actividad de Derecho público. El problema consistirá en proponer un criterio de delimitación entre ambas.

Ahora bien, junto a este coexiste otro problema muy conectado pero no identificable con él. Se trata de hallar o intentar hallar un criterio que nos sirva para saber si un acto o una categoría de acto deben ser regidos por el Derecho público o por el Derecho privado. Notese bien la diferencia. No es lo mismo enfrentarse con el problema genérico de la existencia de una actividad sometida al Derecho privado con las consecuencias que este pueda tener para la construcción y la sistemática que debe presidir la elaboración científica de la disciplina, que buscar en un plano menos elevado un criterio de delimitación útil para resolver el problema en todos y cada uno de los supuestos concretos. Esta segunda cuestión debe enfocarse dentro de la perspectiva general de la primera, pero esta última no la somete rigurosamente a un condicionamiento total.

Veamos que solución ha dado la doctrina a ambos supuestos.

#### b) Inadecuación del criterio del servicio público.

Permitásenos insistir en la afirmación que contiene el epígrafe prácticamente devenida tópica en la actualidad. Más arri-

ba hemos hecho amplias referencias a la influencia de las causas económicas en la crisis del servicio público (5). Enfocando el hecho desde otra perspectiva veremos ahora como el criterio del servicio público es inadecuado para explicar este problema que se plantea en el campo de la administración de divisas. Con ello nos mantenemos en nuestra línea primitiva y aducimos una prueba más en apoyo de nuestra postura.

Como es sabido el problema que ahora nos ocupa se planteó de una forma especialmente aguda en Francia a consecuencia de la necesidad de encontrar un criterio delimitador de la competencia de las jurisdicciones administrativa y ordinaria. Abandonada la vieja teoría de la diferencia entre los actos de autoridad y los actos de gestión, a partir del arrêt Terrier la Jurisprudencia del Consejo de Estado utilizó como criterio el hecho de que la actuación de la Administración llevase consigo la realización de un servicio público. No parece que esta teoría fuera muy precisa ni siquiera en la época de su mayor hegemonía (6) ya que llevaba consigo el equívoco de que no se sabía si se estaba aludiendo al servicio público como fin, este es el interés público, o al servicio público como forma de actividad distinta de la policía.

Pero el hecho es que la teoría que sustenta este criterio puede considerarse casi unánimemente abandonada. Con la notable excepción de LAUBADERE (7) la doctrina francesa más reciente coincide en apreciar la crisis (8). Como causa de ella considera RIVERO (9) el hecho de que la actividad de Derecho privado, prác-

ticamente excepcional en la época del arrêt Terrier se ha extendido considerablemente a causa de los siguientes hechos:

1.- La frecuencia con que la Administración recurre en nuestros días al contrato privado.

2.- El desenvolvimiento de los llamados servicios públicos de carácter industrial y comercial.

A esto hay que añadir según el mismo autor (10) la disociación de los elementos que se unían en la noción de servicio público. Dichos elementos eran la existencia de un organismo administrativo, la actividad de interés general, y el sometimiento a un régimen derogatorio del Derecho común. Pero en la actualidad se da frecuentemente el caso de un organismo de Derecho privado realice una actividad de interés general en una situación en la que se dan simultáneamente ambos regímenes de Derecho. Por otra parte la Administración se somete frecuentemente hoy a normas de Derecho privado.

Puede apreciarse a la vista de lo anterior la escasa utilidad del criterio para explicar el supuesto que nos ocupa. - Pues sucede que precisamente la crisis que le afecta ha sido provocada por casos como el presente. En un supuesto más los nuevos hechos a que da lugar la aparición de la Administración económica han actuado como disolvente de los conceptos sobre los que se basaba el Derecho administrativo clásico.

Las más sutiles teorías se han mostrado impotentes para

develver su vigor al viejo criterio. La descomposición de este ha hecho surgir las mas raras doctrinas. Entre ellas hay que contar la elaborada por CHENOT que no dudamos en calificar de extraña, según la cual podía hablarse de la existencia de servicios públicos pero no de la esencia del servicio público (11). La filosofía existencialista influía así en el campo de nuestra disciplina intentando, salvar lo salvable del viejo criterio de distinción.

e) Criterio que se propone.

Desechado el criterio del servicio público debemos volver a tomar el hilo de nuestro discurso e intentar responder a las preguntas que habíamos dejado abiertas. Procediendo de este modo veremos como en la actualidad la doctrina muestra criterios coincidentes en ambos casos.

En cuanto al primer punto habíamos dejado planteada la cuestión de si toda la actividad del Institute Espagnol de Moneda Extranjera podía considerarse de Derecho privado lo cual no es, como hemos dicho, mas que la especie concreta del problema general que se plantea en Derecho administrativo sobre la actividad privada de la Administración.

Normalmente la doctrina considera que estaremos en presencia de una actividad de Derecho público cuando las normas a aplicar sean de ius cogens y su realización este encomendada precisamente a la Administración pública. Nuestra formulación coincide con la que hace en la doctrina española GARRIDO (12) y esta

no es en forma alguna una posición doctrina aislada. Para VEDEL (13) el criterio de distinción es preciso buscarlo en la actuación del Poder Ejecutivo, esto es de la Administración, por procedimientos de poder público. Y en la doctrina alemana FORSTHOFF, (14) entiende que lo único que cuenta como acto administrativo es el obrar soberano en el ejercicio del poder público, obrar soberano que comprende no sólo la imposición de la coacción autoritaria sino también la actividad de prestación de servicios - en cuanto se realiza en cumplimiento de una función jurídica-pública de la Administración.

La aplicación de este criterio resuelve el primero de nuestros dos problemas. No puede entenderse que la totalidad de la actuación del Institute este sometida al Derecho privado ya - que, de hecho, el Institute actúa como poder público cumpliendo o aplicando normas de ius cogens (15).

Pero si damos un paso más habremos de enfrentarnos con el segundo problema consistente en el modo de determinar frente a cada caso concreto si el acto está sometido a un régimen jurídico público o jurídico privado. Y aquí no es factible el hallazgo de una solución tan sencilla. También en este caso existe una coincidencia doctrinal pero esta versa sobre la necesidad de operar camufláticamente aunque tampoco faltan intentos de establecer un criterio general.

En España GARRIDO (16) dice que en el Derecho privado - debe actuar en la medida en que los actos realizados se asemejen a

los que realizan las personas privadas; y después insiste en que la investigación debe contraerse a buscar un criterio que sirva a posteriori para decidir en cada caso concreto si tal relación jurídica es o no de Derecho público (17). La competencia se determina acto per acto (18). Una postura parecida a esta era la mantenida por OTTO MAYER (19) para quien el mejor método consistía en este caso en aplicar a la realidad las dos fórmulas (jurídico privada y jurídico pública) y optar por la que explique más natural y simplemente todos los detalles dados y deje subsistir el menor número de excepciones y contradicciones.

Desde luego es preciso hacer constar que la postura expresada no es consecuencia de un defecto de elaboración científica sino riguroso reconocimiento de la situación fáctica ante la que nos sitúa la legislación española. El único texto que podría sernos útil en este caso es la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. Pero el artículo 1, 1 de la misma dice: "La Jurisdicción Contencioso-Administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo, y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley". Como puede verse el problema sigue en pie ya que de lo que se trata precisamente es de saber qué actos son los que están sujetos al Derecho administrativo. Esto nos explica que la doctrina se refiera a la necesidad de proceder casuísticamente.

No obstante, hemos dicho más arriba que tampoco falta



quien ha intentado establecer un criterio general o al menos un principio de criterio. En este sentido ALESSI (20) distingue tres supuestos a calificar:

- 1.- Que exista una total ausencia de normas pudiendo escogerse uno cualquiera de los dos regímenes.
- 2.- Que existan regulando la situación normas de Derecho público y normas de Derecho privado.
- 3.- Que la situación esté regulada por el Derecho público pero, siendo análoga la relación a las interprivadas, surjan dudas en torno a la calificación del supuesto.

Según ALESSI (21) en los casos de duda no puede admitirse que exista una regulación de Derecho privado producida por una actividad administrativa que tenga en primer plano y en consideración inmediata y directa la satisfacción de un interés general. Este criterio nos parece aceptable sólo a medias ya que, a pesar del vigor con que se subraya, la apreciación de que se satisfagan intereses de carácter general no pasa de ser una cuestión - que depende de una serie de valoraciones subjetivas.

De lo hasta ahora dicho se deduce que si queremos averiguar cuales son actos jurídicos públicos y cuales son actos jurídicos privados entre los que el Institute realiza no tendremos más remedio que analizar estos actos caso per caso. Pasamos a efectuar este análisis en el apartado siguiente.

C) Los actos realizados por el Institute y su régimen jurídico.

Un exámen de los mismos debe efectuarse a través del de las facultades atribuidas por los diversos textos legales que se refieren a la materia. Debemos considerar por tanto la regulación de la Ley fundacional, la de los Estatutos, y la situación planteada a la entrada en vigor del Decreto-Ley de 21 de julio de 1959.

Según el artículo 7º de la Ley fundacional de 25 de agosto de 1939 son funciones del Institute Español de Moneda Extranjera:

- 1.- Centralizar la compra y venta de divisas.
- 2.- Comprar y vender oro, plata y títulos españoles e extranjeros cotizados en el mercado internacional.
- 3.- Recibir depósitos de estas materias.
- 4.- Abrir cuentas en moneda extranjera.
- 5.- Tomar a préstamo divisas y conceder créditos en moneda extranjera.
- 6.- Realizar las operaciones necesarias para llevar a cabo las funciones anteriores (22).

A estas facultades añade las siguientes el artículo 5º del Decreto de 24 de noviembre de 1939 que aprobaba los Estatutos, efectuando una enumeración más prolija.

- 7.- La publicación diaria de los cambios oficiales.

8.- Autorizar la apertura de créditos en pesetas a extranjeros.

9.- Autorizar la cesión de créditos en pesetas a favor de residentes en el extranjero.

10.- Autorizar los ingresos y abonos en pesetas en cuentas de residentes en el extranjero y la movilización de los saldos.

11.- Autorizar los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero.

12.- Autorizar la venta de inmuebles y títulos a favor de residentes en el extranjero mediante precio en pesetas.

13.- Autorizar las permutas de dinero y otros bienes españoles por extranjeros.

14.- Autorizar la obtención de créditos en divisas.

15.- Autorizar la exportación de moneda e valores extranjeros.

16.- Aprebar las operaciones de pago al extranjero.

17.- Centralizar y fiscalizar las pesetas correspondientes a importación cuya forma de pago se haga en pesetas dentro de España (23).

A estas facultades hay que añadir la de relacionarse con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo que le fué atribuida por el artículo 8º del Decreto-ley de 4 de julio de 1958.

Por último, para completar este cuadro es necesario referirse a la situación asignada a consecuencia de la estabiliza-

ción. Como hemos dicho repetidas veces el artículo 6 del Decreto-ley de 21 de julio de 1959 distingue entre las divisas admitidas y las no admitidas. Para las primeras existe una completa libertad lo que significa que desaparecen las antiguas autorizaciones de compra y venta de divisas. Para las segundas subsiste el régimen anterior. A los efectos que nos ocupan resulta muy interesante y significativa la fórmula empleada por la norma XV de la Instrucción de 31 de Octubre de 1951 según la cual: "Para la venta de las divisas no cotizadas en Bolsa el Instituto Español de Moneda Extranjera formulará las correspondientes cesiones por los procedimientos habituales ..."

Si intentamos proceder a una clasificación de las actas realizadas en el ejercicio de estas facultades advertiremos fácilmente que pueden distinguirse tres grupos:

1.- Actos sometidos a un régimen jurídico-público por aparecer en ellas la Administración como poder público, ejercitando facultades concedidas por normas de ius cogens.

2.- Actos sometidos a régimen jurídico-privado por no actuar la Administración como poder público al realizarlas.

3.- Actos dudosos.

En el primer grupo incluimos la publicación oficial del tipo de cambio (24), las relaciones con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo y todos los supuestos que suponen la concesión de una autorización o aprobación (25). En el segundo grupo incluimos

las comprendidas en los números 2 al 5 ambas inclusive (26), respecto a las que hay que tener presente según la afirmación de - GARCIA OVIEDO-MARTINEZ USEROS (27) que cualquiera que sea la clase de actividad siempre hay en ella el denominador común subyacente del interés público. En estos casos jugará de pleno derecho la actuación al uso bancario y la exclusión de la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, por tratarse de operaciones técnicas.

Es claro sin embargo que el supuesto de mayor interés es el que se plantea en torno a los actos dudosos. Para nosotros estos son la centralización de la compra y venta de divisas, hay solo vigente y concretada respecto a la cesión de divisas no admitidas a libre cotización, la centralización de las pesetas destinadas al pago en España, y la realización de las operaciones necesarias para llevar a cabo las demás funciones.

Los dos primeros casos son realmente los que presentan interés desde un punto de vista jurídico, sobre todo el primero de ellos. En ambos casos nos encontramos con que la importancia económica de los supuestos ha disminuido considerablemente a consecuencia de las medidas estabilizadoras.

En cuanto al primer supuesto, la centralización de la compra y la venta de divisas, fué en realidad el mas importante cometido del Instituto Español de Moneda Extranjera durante la mayor parte de su vida legal. Hoy en cambio esta facultad solo opera de pleno derecho respecto a las divisas no admitidas a libre

cotización. Para las demás divisas las operaciones se realizan en el mercado libre, habiendo salvado la competencia teórica del Institute la figura de "delegación de funciones en la banca" que ya hemos examinado considerándola como una concesión administrativa. El problema se plantea por tanto solo en cuanto a las divisas no admitidas a libre cotización en el mercado.

A primera vista podría pensarse que estamos en presencia de un acto jurídico-privado, ya que estas cesiones de divisas parecen tener una cierta semejanza con las actividades bancarias. Pero un examen más atento de la cuestión nos demostrará lo contrario.

En efecto, la cesión de divisas a los particulares para las diversas atenciones que despues examinaremos es la contrapartida lógica de la obligación, hoy sólo parcialmente vigente, de entregar a la Administración la moneda extranjera, propiedad de los particulares. Es obvio que esto no puede suponer que los ciudadanos se vean privados de su facultad de comprar y vender. Supone solo, que es el Institute Español de Moneda Extranjera, Poder público, quien se reserva la facultad de valorar la oportunidad del ejercicio de tal derecho, en cuanto a la utilización de las divisas no admitidas a libre cotización. Y este - acto de valoración que lleva consigo la cesión de las divisas solicitadas no puede ser mas que un acto jurídico-público. La denegación de la solicitud de divisas por otros motivos distintos - constituiría un caso típico de desviación de poder.

El segundo caso, en cambio, cuyo estudio debía ser muy

interesante en otro tiempo desde un punto de vista jurídico y económico no es hoy en día mas que una reliquia casi desprevista de valer, por lo que no vamos a ocuparnos de él mas abajo - al estudiar concretamente cada una de las categorías de actos. En este caso podemos apreciar plenamente hasta que punto es ciego que el Institute y la intervención sobre el cambio no se concibieron en 1939 sino como un instrumento de la política comercial. Hoy día en cambio el control de la misma se efectúa por el Ministerio de Comercio y las medidas estabilizadoras con la consiguiente liberación de importaciones han privado de virtualidad a esta facultad del Institute, que ya no ejerce la férrea intervención anterior sobre el comercio. De todos modos es necesario afirmar que si alguna vez se ejerce esta facultad por el Institute habrá que considerarla como un acto de derecho público, pero en todo caso su estudio debería incluirse dentro de las obligaciones que pesan sobre el administrado y concretamente en el marco de las transferencias reactivas de bienes fungibles, en este caso las pesetas especialmente afectadas a un fin.

En cuanto a las de operaciones encaminadas a la realización de las funciones las incluimos en cambio entre los actos jurídico-privados por creer que es en este caso cuando adquiere plena relevancia el funcionamiento al estilo o uso bancario interpretándolo como norma que impone flexibilidad y agilidad.

Con lo hasta ahora dicho creemos haber resuelto los problemas planteados. Dejando al margen los actos sometidos al

derecho privado vamos a estudiar durante el resto del capítulo algunas peculiaridades interesantes de los actos sometidos al régimen jurídico-público.

## 2) Caracteres generales de los actos.

Antes de entrar en el problema de la clasificación y calificación jurídica de los actos sometidos al derecho público es preciso que hagamos algunas puntualizaciones sobre las peculiaridades de los elementos del acto. Dichas puntualizaciones se refieren especialmente al problema de la causa y a la forma de los actos.

### A) Sobre el problema de la causa.

Conocida es tradicionalmente la dificultad que existe para encontrar una caracterización jurídica de la causa. La doctrina civilista que ha estudiado más profundamente el problema ha llegado a la conclusión de que es preciso distinguir entre - los motivos concretos que impulsan a los que llevan a cabo el acto y la verdadera causa, más remota que estos motivos, que esta constituida por la función práctica y social que existe tras el negocio jurídico (28).

Al ocuparse de este problema GARRIDO (29) rechaza con buen criterio la posibilidad de transplantar sin más esta teoría al campo del Derecho administrativo porque por una parte las actuaciones de los administrados suelen concretarse en negocios jurídicos bilaterales, mientras que el acto administrativo es uni-



lateral; por otra en el Derecho administrativo actúa como condicionante de la actividad de la Administración la noción de interés público que constituye el fin del acto administrativo. Igualmente rechaza también GARRIDO aquellas teorías (GIANNINI, ALESSI) que sostienen que la noción de causa no es aplicable al derecho administrativo.

Como noción de causa se acepta aquella según la cual este elemento consiste en la razón justificadora de cada uno de los actos, esto es en el trasfondo sociológico de la vida normal que constituye su motivo inmediato. De este modo la existencia e inexistencia de la causa así como los problemas que plantean los vicios de la misma aparecerán ligados a los hechos de la vida real. Los vicios de la causa del acto serán, según esto, la falsedad de los hechos y la apreciación errónea, de los mismos. En el primero de los casos no se planteará más problema que el de probar que los hechos se produjeron efectivamente. En el segundo caso, en cambio, la posibilidad de que los tribunales aprecien el error en la causa dependerá del mayor o menor margen - que exista en la discrecionalidad atribuida a la Administración.

El criterio expuesto habrá de resultarnos muy valioso a la hora de entrar en el problema de la impugnabilidad e inimpugnabilidad de los actos referentes a la administración de divisas.

#### B) El procedimiento administrativo.

El segundo de los elementos del acto al que hemos de

referirnos por ofrecer peculiaridades importantes es el elemento forma, que puede concebirse como forma de integración o como forma de declaración de la voluntad administrativa. El problema que nos interesa abarca en realidad ambas acepciones, pues en los dos casos es preciso recurrir en derecho español a aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo. Pero entremos directamente en la materia.

Al hablar de las características generales del derecho estatutario del Instituto Español de Moneda Extranjera, que operaban como causas de confusión respecto a su naturaleza, hemos aludido a la inaplicación de la Ley de Procedimiento administrativo, que se desprende de lo dispuesto en el apartado 23 del artículo 1º del Decreto de 10 de octubre de 1958. Según este texto legal se considera exceptuado de la aplicación de la Ley el procedimiento referente a las actividades bancarias del Instituto. La cuestión que se nos plantea en este momento es la del alcance que debe darse a esta excepción.

En un primer momento podría pensarse que responde a la necesidad de dejar en vigor un procedimiento ya existente. Nada más inexacto. El hecho es que en la legislación referente al Instituto Español de Moneda Extranjera no existen en absoluto normas que revistan un verdadero carácter procedimental (30). Se hace necesario buscar una justificación distinta.

A nuestro juicio la justificación no es sino la siguiente-

te. Sólo debe considerarse inaplicable la Ley a las actividades bancarias, esto es, a las sometidas a un régimen jurídico-privado. Los actos jurídicos públicos caen bajo el campo de aplicación de la Ley, que en este punto deroga el artículo 7º del Decreto de 2 de noviembre de 1939. Si la actividad del Institute, como hemos visto más arriba, es una actividad bifrente, la referencia a las actividades bancarias habrá que entenderla en sentido restringido. Las demás actividades sometidas a un régimen jurídico público no pueden entenderse excluidas y sustraídas con ello a las garantías del administrado. La flexibilidad inherente a la Administración económica y la tendencia a la huida o la evasión del derecho general que representa la aparición de las Administraciones autónomas no pueden ni deben llegar a tanto.

### 3) Clases de actos.

Examinadas en el párrafo anterior las peculiaridades más importantes de los actos jurídicos públicos en orden a la administración de divisas, debemos realizar ahora un estudio más pormenorizado de los mismos.

#### A) La fijación del cambio y las relaciones internacionales

Si nos planteamos el problema de la impugnabilidad de los actos resultará evidente la utilidad del estudio que hemos hecho antes sobre la naturaleza jurídica de los actos realizados en orden a la administración de divisas. Afirmábamos entonces que los actos jurídicos públicos que realiza el Institute son

todos aquellos que suponen una autorización o una aprobación - y además la fijación del tipo de cambio y las relaciones con el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo. Consecuentes con nuestra postura estimamos ahora que son precisamente estos actos los que deben considerarse impugnables ante la jurisdicción contenciosa (31). Pero si esto resulta completamente claro respecto a las autorizaciones no sucede lo mismo en los casos de la fijación del cambio y las relaciones internacionales que debemos estudiar separadamente. A pesar de que versan sobre cuestiones distintas hemos agrupado ambas categorías de actos porque en su origen plantean su problema común, aunque este se diversifique posteriormente.

En efecto, podemos considerar en principio que ambos - actos son una manifestación de la facultad que concierne al Estado de decidir sobre las cuestiones básicas para la existencia de la comunidad. Sin embargo el estado actual de la investigación y de nuestro derecho positivo nos impide incluirlas sin más entre las categorías de actos políticos, y, por lo mismo, inimpugnables.

En efecto, la cuestión de los actos políticos excluidos del conocimiento de la jurisdicción contenciosa se plantea en nuestro derecho positivo en el apartado b) del artículo 2º de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa. Esta exige:

1º. Que los actos se hayan realizado por el Gobierno,

esto es, en nuestro derecho, por el Consejo de Ministros con su Presidente.

2º. Que se trata de actos políticos, con lo que se establece un criterio objetivo.

Ambos requisitos han recibido un tratamiento diferente. El primero de ellos se ha convertido en una especie de leit motiv de las sentencias del Tribunal Supremo. En este sentido - confirma la reiterada jurisprudencia anterior la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1962, según la cual el concepto de "acto político del Gobierno" se refiere a los que le son del Gobierno en su unidad conjunta, distintos de las determinaciones especiales y concretas de cada Ministerio (32). En cambio en cuanto al segundo punto se ha seguido el criterio de efectuar una enumeración de actos políticos, que desde luego no debe entenderse en el sentido de que exista un "numerus clausus".

Las dos figuras que contemplamos cumplen desde luego el segundo de los requisitos, las relaciones internacionales por estar expresamente enumerada, la fijación del cambio por tratarse de una alta decisión de política económica. Esto sin embargo no basta, ya que al exigirse ambos requisitos conjuntamente y no tratarse en este caso de actos del Gobierno habría que estimar - que los actos a que nos referimos son actos impugnables.

Nosotros estimamos que es necesario profundizar sobre el tema y examinar más de cerca la situación; y es claro que ya

en este punto es necesario examinar por separado ambos supuestos.

En cuando al primero de ambos puntos, la fijación del tipo de cambio, nos inclinamos a considerar que no es una actividad impugnabile, no porque se trate de un acto político sino porque se trata de una actividad discrecional. Si consideramos atentamente la situación veremos que en este caso los vicios del acto que podrán dar lugar a la impugnación del acto se constriñen a los que puedan afectar a la causa. El sujeto es en este caso el mismo Instituto que fija el tipo de cambio. Excepto en el supuesto de que no sea el Instituto el que lo fije no se planteará ningún problema. Lo mismo sucederá con el contenido y con el fin (interés público). En cuanto a la forma ya nos hemos referido a la ausencia de normas procedimentales. El problema se centra como decimos en los vicios que puedan afectar a la causa de los actos.

Al referirnos a este elemento del acto administrativo decíamos más arriba que los problemas pueden plantearse en torno a la probanza del hecho a que da lugar el acto o a la valoración de estos hechos. Si aplicamos estas consideraciones a la fijación del cambio observaremos que, en nuestro supuesto dichos problemas no pueden plantearse en forma alguna. En efecto, la causa del acto de la fijación del cambio es, y no puede ser otra, la existencia de unas determinadas condiciones de la política económica nacional. Vistas así las cosas resulta que la probanza de los hechos no puede plantearse siquiera. El derecho positivo

ha encomendado al Instituto la fijación del cambio precisamente porque estima necesario esta actuación en vista de la existencia de esas condiciones de la política económica. El problema sólo podría plantearse en torno al segundo supuesto, esto es, - la valoración de los hechos; pero es precisamente aquí donde - juega la teoría de la discrecionalidad técnica. No es una casualidad que este acto sea realizado por el Instituto de Moneda - Extranjera. La decisión se toma precisamente siguiendo el criterio técnico de un órgano especializado, requisito que exige la doctrina para que exista la discrecionalidad técnica (33). De este modo, aun no estando incluido en la enumeración del artículo 2º de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, nos encontramos en este caso en presencia de un acto inimpugnable.

El problema referente a las relaciones internacionales con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo hay que plantearlo en cambio desde un ángulo radicalmente diverso. En este caso el supuesto cumple el requisito objetivo que establece la Ley de la Jurisdicción Contenciosa aunque no el subjetivo. Las relaciones internacionales están incluidas en la enumeración del artículo 2º, apartado b) de la Ley, entre los actos políticos; pero los actos no se realizan por el Gobierno sino por un Organismo descentralizado funcionalmente.

A efectos de delimitación del problema conviene delimitar nuestro problema de otros dos muy próximos, pero no identi-

ficables con él. Según nuestra opinión los supuestos son los tres siguientes:

- 1º. Conclusión e interpretación de los Tratados internacionales.
- 2º. Relaciones mantenidas en ejecución de dichos Tratados.
- 3º. Aplicación de los Tratados en la esfera del derecho interno.

A efectos del problema que nos ocupa debemos rechazar desde ahora el tercer caso, que hay que referir al problema del valor de los Tratados como fuente del Derecho administrativo, problema evidentemente distinto del que ahora nos ocupa. Se trata en cambio de averiguar si los actos que constituyen relaciones internacionales son impugnables ante la jurisdicción contenciosa. La diferencia entre los números 1º y 2º está precisamente en que mientras la conclusión e interpretación de los Tratados internacionales se realiza por el Gobierno, los acuerdos ejecutivos se realizan por otros órganos u Organismos, en nuestro caso por el Institute.

A la vista de la legislación española la solución no puede ser más que una: los actos realizados por la Administración (y no por el Gobierno) en ejecución de los Tratados internacionales son impugnables ante la jurisdicción contenciosa. Sin embargo este criterio rígido debe aparecer dulcificado porque es evidente que para que exista la posibilidad de que el acto sea



impugnado, es preciso que se de una relación entre la Administración y un particular; y esta relación que podría quizás darse en otros casos, difícilmente tendrá lugar cuando se trata sólo de mantener la conexión debida con las altas autoridades sobre la materia, sin ampliar ni restringir por ello la esfera jurídica de los particulares.

#### B) Las concesiones.

Es necesario referirse también al régimen de los actos de delegación de funciones en la banca, que hemos caracterizado como concesiones administrativas. Aunque quizás hemos empleado una expresión inexacta al referirnos al régimen jurídico de los actos ya que lo que sucede en realidad es que se carece en absoluto de una regulación jurídica-positiva.

En efecto, las concesiones de que nos ocupamos no suponen la existencia de una Ley ni siquiera de una norma reglamentaria en cada uno de los casos. Tampoco supone la existencia de un contrato administrativo. La situación es, por el contrario, - la siguiente. El Decreto de 26 de octubre de 1951 autorizó al Institute para efectuar la delegación de facultades en la banca, que se realiza por medio de simples resoluciones de dicho Institute, el cual dicta las instrucciones de acuerdo con la Dirección General de Banca y Bolsa. La Orden de 25 de agosto de 1959 contenía en su anexo A una relación de bancos con funciones delegadas. Posteriormente se han ido concediendo estas delegaciones por diversas Resoluciones del Institute entre las que cabe señalar -

como más importante la de 14-11-61 (Boletín Oficial del 15). Estamos pues, en presencia de la concesión mediante un acto unilateral. La competencia para llevarle a cabo la posee el Consejo de Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º B e) de los Estatutos según el cual se atribuye al Consejo la facultad de acordar el establecimiento de Sucursales o Agencias en otras plazas nacionales o extranjeras, o la representación en entidades que puedan servirle de colaboradoras.

Una vez más la Administración económica ha arbitrado una regulación cómoda que se aparta de la normal ya que no existe ninguna reglamentación expresa de los derechos del concedente y del concesionario, y tampoco existen normas procedimentales que regulen el acto unilateral de la concesión. A nuestro entender - sería preciso que de alguna manera se efectuase una reforma de esta situación sobre todo con el objeto de determinar el carácter definitivo o temporal de la delegación (concesión) y los derechos y deberes del concesionario, hasta ahora indeterminados - por completo.

C) La aprobación de operaciones realizadas por entidades oficiales.

Más arriba nos hemos referido repetidas veces a que, excepte la fijación del cambio y las relaciones internacionales, - los actos de naturaleza jurídica pública que realiza el Instituto entran en la categoría de las autorizaciones y aprobaciones. De-

jando para más adelante el estudio de las autorizaciones vamos a referirnos ahora a la categoría enunciada en el epígrafe que, para nosotros, constituye una aprobación administrativa.

Esta categoría de actos si bien tienen una fuente legislativa reciente responden a una verdadera tradición legislativa. Aparecen por primera vez durante la época de funcionamiento del Centro Oficial de Contratación de Moneda en virtud del Decreto - de 5 de Julio de 1933 que sometía los contratos celebrados por - antes públicos al conocimiento del Ministerio de Industria y Comercio. La legislación de la época se completó con la promulgación del Decreto de 16 de Abril de 1936 que sometía al conocimiento del Ministerio de Hacienda los contratos que implicasen pago en moneda extranjera que fueran celebrados por otros Ministerios para que el Ministerio de Hacienda oide el Centro de Contratación de Moneda, otorgara su conformidad o hiciera las observaciones - oportunas. El sistema se cerró completamente en virtud del Decreto de 13 de Julio de 1936, solo tres días anterior a la guerra - civil, que extendía a la Administración indirecta lo dispuesto por el Decreto de 16 de Abril.

Aunque estos Decretos no fueron derogados hasta 1958 lo cierto es que no hacen referencia a estas atribuciones en materia de divisas ni los Estatutos del Institute Español de Moneda Ex - tranjera ni su Ley fundacional. Pero con posterioridad a estas - disposiciones y en fecha tan reciente como 1958, se dictó un Decreto de 14 de Noviembre que reproducía lo dispuesto respecto a

contratos en el Decreto de 16 de Abril de 1936. El Decreto de 4 de Junio de 1959 extendía a todos los actos celebrados por la Administración lo dispuesto por el texto legislativo antes citado.

Hasta aquí la evolución legislativa. Nuestro problema presente consiste en averiguar la naturaleza jurídica de estos actos encomendados dentro de la organización del Instituto a la Sección de Comprobación de Movimiento de Divisas y que - los textos legales califican de "conocimiento" por parte del - Ministerio de Comercio. Para nosotros estos actos son en realidad aprobaciones como puede verse en el título del epígrafe.

Tratemos de probar la afirmación anterior. Según la opinión común de la doctrina estamos en presencia de una aprobación cuando la celebración de un acto jurídico debe someterse al conocimiento de la Administración cuyo consentimiento condiciona <sup>no</sup> la validez <sup>si no</sup> la eficacia del acto en cuestión. Por otra parte las aprobaciones son una manifestación típica de la actividad de control que ejerce la Administración del Estado sobre los entes menores.

Esta es precisamente la situación con la que nos enfrentamos en el caso concreto planteado, si bien existen dos circunstancias peculiares. De una parte que el texto legal no expresa taxativamente la posibilidad de una negativa resuelta ya que el Decreto de 14 de Noviembre de 1958 dice que el Ministerio otorgará su conformidad o formulará las observaciones que estime oportuno.

tunas. De otra, que en este caso la conformidad no se otorga - respecto a actos de entes menores exclusivamente sino también respecto a los llevados a cabo por otros Departamentos ministeriales, órganos por tanto de la Administración Central.

Estimamos que la primera de ambas características debe valerarse en función de la segunda. Cuando estemos en presencia de un acto celebrado por un ente local e institucional nos encontramos frente a una verdadera aprobación, y la fórmula del Decreto habrá que estimarla como una muestra del respeto del legislador hacia los entes menores que, al fin y al cabo, también tutelan intereses públicos. La situación será distinta en cambio cuando el negocio jurídico vaya a celebrarse por un Departamento ministerial, pues entonces es la Administración central la que actúa y sería ilógico pensar que estamos en presencia de una verdadera aprobación dentro del seno de la misma persona jurídica. Nótese bien que en este caso como en otros varios, la competencia ejercida en la práctica por el Instituto se atribuye en los textos legales al Ministerio, luego no es en realidad la persona jurídica Instituto Español de Moneda Extranjera la que aprueba los actos de las entidades locales y de los entes institucionales y mucho menos de los restantes Departamentos ministeriales. Sería absurdo que fuera un ente menor quien aprobara actos de la Administración central.

En realidad lo que sucede es que para los actos realizados por otros Departamentos al conocimiento del Ministerio de

Comercio no es más que un mero acto de trámite, un informe si bien se trata de un informe de una gran importancia, preventivo y, en la práctica, vinculante.

D) Las cesiones de divisas.

Son en realidad los más importantes entre los diversos actos que realiza el Instituto, aunque también los más afectados por las medidas estabilizadoras. Nos ocupamos especialmente a continuación de las cesiones para operaciones comerciales y de las cesiones para viajes. Nos parecen particularmente interesantes; la primera de ellas porque como hemos tenido repetidas ocasiones de afirmar la intervención sobre los cambios y las divisas a que responde la existencia del Instituto se concibió, como un instrumento de la política comercial; la segunda porque es la que afecta mas a la generalidad de los ciudadanos.

a) Las cesiones de divisas para operaciones comerciales.

Nos ocuparemos solo de las relativas a la importación pues en el caso de las exportaciones el Instituto no realiza actos jurídicos de verdadera relevancia. La operación de exportación proporciona generalmente divisas a los exportadores, pero estos pueden a su vez encontrarse en uno de estos dos casos. O las divisas estan admitidas a la libre cotización en el mercado en cuyo caso está obligado a venderlas en el mercado libre en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, 1 del Decreto-ley de 21 de Julio de 1959; o bien si las divisas no estan admitidas a li-

bre cotización deberá cederlas al Institute encontrandonos entones ante la figura de la transferencia coactiva de divisas.

El problema se plantea en cambio en lo referente a las operaciones de importación. En este caso pueden darse dos situaciones. Si las divisas están admitidas a libre cotización, el importador las adquirirá en el mercado libre. El supuesto que nos interesa es lo contrario ¿Qué naturaleza jurídica tiene el acto realizado por el Institute consistente en ceder las divisas no admitidas a libre cotización que necesiten los importadores? - El problema se plantea a consecuencia de la función atribuida al Institute en su ley fundacional: "centralizar la compra y venta de divisas"; problema al que nos hemos referido mas arriba con ocasión del estudio de la naturaleza jurídica-pública o jurídica privada de los actos del Institute.

Nos parece que no está de más volver a insistir en los argumentos aducidos más arriba. En principio el particular tiene un perfecto derecho a celebrar contratos con extranjeros y lógicamente también a utilizar los medios necesarios para efectuar el pago. Ahora bien, estos medios de pago, divisas, se encuentran en poder de la Administración que es quien debe valorar la oportunidad del ejercicio de este derecho de usar los medios de pago. Por otra parte la celebración del contrato sin que hayan sido cedidas las divisas por el Institute ~~es completamente inútil~~ <sup>es</sup> poco eficaz. Y la conjunción de todos estos elementos en el acto - en cuestión nos orienta sin lugar a dudas en torno a la califica-

ción del acto administrativo como una autorización. Sólo que como en este caso la Administración ha monopolizado las divisas la autorización se concreta además en la entrega de la moneda - extranjera necesaria para el cumplimiento del contrato.

b) La cesión de divisas para viajes al extranjero.

Es entre las actividades realizadas por el Institute la que se encuentra más cerca de los conocimientos y necesidades del gran público. Nosotro vamos a estudiarla distinguiendo con nuestra legislación de divisas los diversos casos que pueden plantearse.

El régimen general es el de los viajes turísticos. En este caso no nos encontramos con problemas demasiado graves o, - mejor dicho no nos encontramos con ningún verdadero problema. Según lo dispuesto en la Resolución del Institute de 17 de Marzo de 1961 se liberaban las operaciones detalladas en el texto dentro de las denominaciones y límites establecidos en el vigente Código de Liberación de la O.E.C.E. (hoy O.C.D.E.). Una de las operaciones detalladas. Precisamente en el apartado f) era la - siguiente: "Turismo (equivalencia de 16.500 pesetas por persona y año)". Como puede verse la situación es clara. En el caso que contempla la disposición citada el particular puede adquirir las divisas en el mercado libre a través de la banca delegada. Por lo demás en este punto existe una prohibición absoluta de llevar al extranjero una cantidad mayor de divisas.



En una situación parecida se encuentran las cesiones de divisas para viajes por motivo de salud y por razón de estudios reguladas por la Resolución de 1 de Diciembre de 1960. La banca delegada tiene facultades para conceder todas las divisas necesarias siempre que el particular justifique debidamente esta necesidad en el primer caso mediante el certificado médico y la factura del médico o establecimiento correspondiente en el extranjero, y en el segundo caso mediante la factura del establecimiento de enseñanza donde se vayan a efectuar los estudios.

En cambio presentan mayor interés las cesiones de divisas para viajes de carácter comercial reguladas por la Resolución de 23 de Octubre de 1959. En este caso los importadores y exportadores interesados deberán solicitar del Institute directamente o a través de la banca delegada las divisas necesarias, indicando el país a visitar, el motivo del viaje, y el tiempo de duración del mismo. La cesión de divisas reviste aquí el mismo carácter que las efectuadas para las operaciones comerciales. El Institute concede una verdadera autorización de compra de las divisas valorando la oportunidad de la realización del viaje en razón del fin público que tutela.

E) Las autorizaciones de movimiento de capital extranjero.

Otra categoría de actos enumerados como de competencia del Institute en sus textos fundacionales son los contemplados en el epígrafe, que hubiera sido interesante examinar antes de 1959 si bien en la actualidad se encuentran en su mayor parte derogadas

las facultades de emitir autorizaciones por las medidas estabilizadoras. Según el Decreto de 24 de Noviembre de 1939 correspondía al Institute las siguientes funciones:

- Autorizar la apertura de créditos en pesetas a extranjeros.
- Autorizar la cesión de créditos en pesetas a favor de residentes en el extranjero.
- Autorizar los ingresos y abonos en pesetas en cuentas a favor de residentes en el extranjero y la movilización de los saldos.
- Autorizar los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero.
- Autorizar la venta de inmuebles y títulos a favor de residentes en el extranjero mediante precio en pesetas.
- Autorizar las permutas de dinero y otros bienes españoles por extranjeros.
- Autorizar la obtención de créditos en divisas.

Como puede verse las facultades anteriores constituían un sistema cerrado en virtud del cual se controlaban todos los movimientos de capital extranjero.

Hoy día en cambio la situación ha cambiado radicalmente como consecuencia de la legislación sobre inversiones de capital extranjero, dictada en ejecución de las medidas estabilizadoras (35) que ha derogado no sólo estas normas sino otras que se ocupaban del problema en torno a casos concretos, por ejemplo, la Ley de Hidrocarburos de 26 de Diciembre de 1958. Los dos pri-

meros casos que exigen autorización para la utilización del crédito nacional quedaran derogados en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto de 28 de Diciembre de 1959, que daba normas en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto-ley de 27 de Julio del mismo año. Según el primero de los decretos citados si la participación del capital extranjero en la empresa es inferior al 25 por 100 del capital social podrá recurrirse al crédito nacional sin limitación alguna. En cambio si es superior al 25 por 100 sólo podrán solicitarse créditos nacionales hasta una cantidad equivalente al 50 por 100 del capital. Claro es que para poder obtener créditos por encima de este límite se necesita la correspondiente autorización aunque del contexto del Decreto puede deducirse que el espíritu que anima la disposición es prohibitivo.

En cuanto al tercero de los casos mencionados habrá que entender que se encuentra derogada también la exigencia de su autorización puesto que de lo contrario no podría hacerse uso de las cuentas bancarias por los extranjeros que tienen invertido su capital en España. Otro tanto sucede respecto a la exigencia de autorizar los pagos en pesetas por cuenta de residentes en el extranjero, ya que la Orden de 15 de Marzo de 1962 no exige siquiera declaración de estos pagos.

La venta a extranjeros de inmuebles y títulos españoles y las permutas se encuentran actualmente libres en virtud de la disposición básica en la materia: el artículo 1º del Decreto-ley

de 27 de Julio de 1959 que permite la transferencia libre a España de capital extranjero con objeto de invertirlo en empresas españolas. Unicamente hay que hacer una salvedad en lo referente a las fincas rústicas, según el artículo 1º del Decreto-ley de 22 de Marzo de 1962 la cesión intervivos por cualquier título de fincas rústicas de extensión superior a cuatro hectáreas de regadío o veinte de secano o las de cabida inferior que con las pertenecientes a quienes pretenden adquirirlas completen extensiones superiores a las expresadas, necesitarán autorización administrativa. Dicha autorización (continúa diciendo el artículo 2º) deberá ser otorgada por el Consejo de Ministros, previo informe de los Ministerios de Justicia, Agricultura y Comercio y deberá ser solicitada en la Presidencia del Gobierno.

A la vista de todo lo anterior no podemos por menos de estar de acuerdo con PUIG (36) y estimar que únicamente quedan fuera de la regulación sobre inversiones de capital extranjero:

1º.- Las inversiones de capital extranjero de carácter público.

2º.- Las inversiones de capital extranjero de forma indirecta consistentes en la obtención por españoles de créditos en divisas.

3º.- Las inversiones consistentes en adquisición por extranjeros de títulos de la Deuda Pública u obligaciones de entidades de carácter público o similares.

De estas excepciones, la que más nos interesa en este

momento es la segunda que recoge uno de los supuestos en que es necesaria autorización del Institute: la obtención de créditos en divisas. Pero es que además existe otro problema que no se ha contemplado hasta ahora. La legislación que comentamos se refiere siempre a la transferencia de capital a España con objeto de efectuar inversiones en empresas españolas pero no se dice nada respecto a las transferencias de capital y los negocios jurídicos a que esta da lugar cuando no tenga por objeto efectuar la inversión. El caso está en la misma línea que otra serie de cuestiones planteadas por JUSTE (37) y por GARRIGUES - (38) en torno al sujeto y al objeto de la inversión.

Para nosotros cuando no se trate de inversión en empresas así como cuando se necesite obtener créditos en divisas se requerirá autorización del Institute. Estimamos que se trata de una verdadera autorización por las mismas razones aducidas en torno a la cesión de divisas para operaciones comerciales y para viajes al extranjero.

F) Las autorizaciones de movimiento de valores cotizables en el mercado internacional.

Por último debemos enfrentarnos también con las autorizaciones de movimiento de valores que son también competencia del Institute.

La legislación sobre la materia anterior a las medidas estabilizadoras era la siguiente. La competencia sobre la materia se ejercía en algún caso por el Institute y el Ministerio de Ha-

cienda conjuntamente. Podemos distinguir cuatro supuestos:

1ª.- Obligación de declaración. Fue impuesta por la Ley de 4 de Mayo de 1948 que recogía las disposiciones anteriores sobre la materia (39) y en virtud de ella era necesario declarar la propiedad de los valores ante el Instituto.

2ª.- Importación de valores. Según el Decreto de 18 de Mayo de 1951 se exige autorización del Ministerio de Hacienda y además del Instituto en el caso de que los valores cotizables en el mercado internacional fueran españoles. Se exceptuaba en cambio la importación con objeto de declararlos ante el Instituto en cuyo caso sería este el que debería autorizar el negocio.

3ª.- Venta. Para la venta de valores extranjeros o españoles de cotización internacional se requiere autorización del Instituto según el Decreto de 9 de Noviembre de 1939 cuyas disposiciones reiteraba la Ley de 4 de Mayo de 1948.

4ª.- Exportación de valores. Es necesaria autorización del Instituto según el Decreto de 24 de Noviembre de 1939. De esto habrá que exceptuar las transferencias al extranjero del capital invertido en empresas españolas.

No necesitamos insistir en que seguimos estando en presencia de verdaderas autorizaciones administrativas. El régimen de éstas sigue siendo el mismo ya que el Decreto-Ley de estabilización se limitó a derogar las normas que imponían la obligación de declarar los valores ante el Instituto (artículo 8º del Decreto-ley de 21 de Julio de 1959).--

- N O T A S -

- (1) V. supra, parte II, capítulo único.
- (2) V. supra, parte IV, capítulo 2º.
- (3) ALESSI, Sistema istituzionale del Diritte amministrative italiane, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 232.
- (4) La postura de este sector de la doctrina italiana ha sido - aceptado y desarrollado en la española por BALLEE. V. la polémica que con él sostiene GARRIDO FALLA en la obra de éste último, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 135 y sigs.
- (5) V. supra, parte I, capítulo 3º.
- (6) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 53.
- (7) LAUBADERE, Traité élémentaire de Droit administratif, 2ª ed., Paris, 1957, pág. 47.
- (8) Valga por todos el análisis luminoso y preciso realizado por VEDEL, ob. cit., pág. 52 y sigs.
- (9) RIVERO, Droit administratif, 2ª ed., Dalloz, Paris, 1962, pág. 147.
- (10) RIVERO, Ob. cit., págs. 147-148.
- (11) VEDEL, Droit administratif, Paris, 1959, pág. 57.

- (12) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed.,  
Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 140.
- (13) VEDEL, Ob. cit., pág. 60.
- (14) FORSTHOFF, Tratado de Derecho administrativo, trad. esp., In-  
stitute de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 281.
- (15) V. infra.
- (16) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed.,  
Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 140.
- (17) GARRIDO FALLA, Ob. cit., pág. 371.
- (18) GARRIDO FALLA, Ob. cit., pág. 141.
- (19) OTTO MAYER, Derecho administrativo alemán, I, Parte General,  
trad. esp. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1949, pág. 187.
- (20) ALESSI, Sistema istituzionale del Diritto amministrativo ita-  
liano, 3ª ed., Milano, 1960, pág. 241.
- (21) ALESSI, Ob. cit., pág. 242.
- (22) El artículo 8º le atribuía además cuantas correspondían al  
extinguido Comité de Moneda Extranjera pero en la práctica  
las que no están mencionadas en el artículo 7º fueron reco-  
gidas en los Estatutos.
- (23) La importancia de alguna de estas facultades ha disminuido  
bastante como consecuencia de la evolución de la legislación



española. Así, por ejemplo, en materia de inversiones de capital extranjero.

- (24) Actualmente sólo está en vigor para las divisas no admitidas a libre cotización según la norma 12 de la Orden de 25 de agosto de 1959.
- (25) Incluimos también por tanto la que hemos señalado bajo el número 16.
- (26) Son justamente las que aducimos como ejemplo de actividad - jurídica privada en la parte II. Además se incluye también la de recibir depósito pues si bien podría hablarse de un - contrato administrativo de depósito no parece que sea este el supuesto contemplado.
- (27) GARCIA OVIEDO- MARTINEZ USEROS, Derecho administrativo, 7ª ed., Madrid, 1959, pág. 253 en nota.
- (28) V. en este sentido la brillante y clara exposición realizada en la doctrina italiana por BRANCA, Istituzioni di Diritto privato, 4ª ed., Bologna, 1961, pág. 79.
- (29) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Institute de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 435 y sigs.
- (30) Por lo menos no han sido publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- (31) Es claro que nos estamos refiriendo en el texto únicamente

a los actos típicos enumerados en la relación de funciones atribuidas al Instituto por los textos fundacionales. Además de estas habrá que considerar impugnables a las contempladas en el artículo 3º de la Ley de 27 de Diciembre de 1956. Para el problema de la impugnación en general v. GARRIDO FALLA, Régimen de impugnación de los actos administrativos, Madrid, 1956.

- (32) Nos referimos exclusivamente a esta Sentencia por la forma terminante en que se expresa y por ser el última dictada en el momento que redactamos este capítulo.
- (33) GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho administrativo, I, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 213.
- (34) GARRIDO FALLA, Ob. cit., pág. 396 y sigs.
- (35) V. los estudios contenidos en Las inversiones de capital extranjero en España, I y II, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960.
- (36) PUIG, Régimen español de inversiones extranjeras, en Ob. cit., pág. 272.
- (37) JUSTE, Algunas cuestiones prácticas sobre la nueva legislación de inversiones extranjeras, en Ob. cit., pág. 322 y sigs.
- (38) GARRIGUES WALKER, A. Cuestiones más importantes que pueden plantearse al inversionista extranjero ante el nuevo sistema español, en Ob. cit., pág. 343 y sigs.

(39) Decreto de 15 de Agosto de 1936, Decreto-ley de 14 de Marzo de 1937, Orden de 1 de Abril de 1938 y Ley de 7 de Junio de 1940.-

-.-.-.-.-

**VI.- CONCLUSIONES.**

## VI.- C O C L U S I O N E S.

### I.

- 1º.- Las causas profundas o remotas de la intervención del Estado en la vida económica son las contradicciones internas del sistema económico liberal-capitalista y la amenaza que supone la aparición del marxismo.
- 2º.- La intervención del Estado en la economía es un hecho que se da con carácter general en los países occidentales.
- 3º.- La expresión "intervención del Estado en la economía" es simplemente descriptiva. Sirve para designar la totalidad del fenómeno pero no puede utilizarse como base para lograr un concepto unitario.
- 4º.- La actuación del Estado en la vida económica plantea el problema político de la invasión de la esfera de libertad individual de los particulares, problema que ha repercutido en la estructura estatal y ha sido contemplado en los textos constitucionales recientes.
- 5º.- Es preciso distinguir entre la intervención legislativa que constituye un concepto unitario, y la intervención administrativa que se diversifica en una serie de realidades fácticas y jurídicas que no pueden reducirse a un solo concepto.

6º.- Deben considerarse como grados de intervención económica:

1º. La presión del Estado sobre la sociedad para devolver la economía a la situación normal de libre competencia.

2º. La asunción parcial por el Estado de los medios de producción. 3º La planificación.

7º.- La presión del Estado sobre la sociedad para devolver la economía a la situación normal de libre competencia se concreta en medidas de intervención legislativa (leyes anti-trust) y en la deformación, en sentido interventor, de las nociones de policía y servicio público.

8º.- La asunción parcial por el Estado de los medios de producción se concreta en la creación de empresas estatales y en la colectivización de las ya existentes por medio de la socialización, la nacionalización, o la estatificación.

9º.- La planificación es la actividad realizada por los altos organismos coordinadores de la Administración pública - consistente en presionar sobre empresarios privados e impartir directrices a empresas públicas u otros organismos interventores con objeto de adaptar el proceso económico a un Plan previamente elaborado y debidamente aprobado.

10º.- La llamada Administración económica es la actividad de la Administración pública, sometida a una legislación especial dentro del Derecho administrativo, cuyas normas regulan su actuación en orden a la economía, disciplinando sus

relaciones con el administrado.

- 11º.- La actuación de la Administración económica ha desbordado la tricetemia policía-fomento-servicio público.
- 12º.- La formulación clásica del concepto de policía no resulta hoy totalmente válida gracias a la ampliación del concepto de orden público a las materias económicas.
- 13º.- La importancia tribuida al concepto de fomento por la doctrina española se debe a su contenido económico primario que ha provocado su constante utilización en vista de las características de nuestra estructura económica.
- 14º.- En la deformación y crisis del concepto de servicio público han influido como factores de primera magnitud causas económicas entre las que cabe destacar la aparición de los establecimientos públicos industriales y comerciales y de los servicios públicos del mismo nombre así como la colectivización y creación de empresas estatales.
- 15º.- El criterio del fin resulta insuficiente como base para clasificar las formas de actividad especialmente en orden a la Administración económica.

## II.

- 16º.- En materia de Administración de divisas el Instituto Español de Moneda Extranjera realiza una actividad jurídica

pública y una actividad jurídica privada.

### III.

- 17ª.- Las normas jurídico-positivas españolas sobre divisas constituyen un todo armónico en el que se comprenden aspectos de relación, organización y acción.
- 18ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera posee la potestad estatutaria.
- 19ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera posee, en cuanto Organismo Autónomo, la potestad reglamentaria.
- 20ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera realiza la gestión que tiene encomendada de acuerdo con el principio general de comercio intervenido.

### IV.

- 21ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera es una persona jurídica pública.
- 22ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera es un caso de - descentralización funcional.
- 23ª.- El Instituto Español de Moneda Extranjera está unido a la Administración central por una relación de integración instrumental que se concreta en la existencia de una dependencia, en la retención de la competencia ministerial sobre



la materia, y en la posibilidad de recurrir en alzada ante el Ministro los actos emanados del Institute.

24ª.- La dependencia del Institute respecto a la Administración central se concreta en la presidencia y composición de su Consejo de Administración.

25ª.- La delegación de funciones o facultades en la banca es en realidad una concesión administrativa.

26ª.- Las facultades del Banco Exterior de España en orden al Servicio de Tesorería en el Exterior suponen una colaboración del particular por razones particulares. *profesionales.*

27ª.- La obligación de entregar las divisas al Institute ha de encuadrarse en el marco de la figura jurídica de transferencia coactiva de bienes fungibles.

## V.

28ª.- Están sometidos a un régimen jurídico público los actos del Institute cuyo objeto es la fijación del tipo de cambio, las relaciones internacionales, y la concesión de autorizaciones y aprobaciones.-

VII.- BIBLIOGRAFIA.

## B I B L I O G R A F I A

Como una aportación más intentamos dar una bibliografía lo más amplia posible sobre los temas referentes a la Administración económica.

En esta tabla se incluyen también, por supuesto, las obras que hemos consultado para la redacción de cada uno de los capítulos de esta tesis.

-.-.-.-

- - - .- La intervención monetaria y el comercio de divisas en España, Bancaria, Madrid, Mayo de 1936.
- - - .- Les administrations chargées de l'économie dirigée en Grande Bretagne, et leur evolution depuis la guerre, Presses Universitaires de France, 1948.
- - - .- Cuatro políticos ante el cambio. Consecuencias de la intervención del Estado sobre el cambio exterior, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960.
- - - .- Dictamen de la Comisión del Patrón Oro, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960.
- - - .- ¿Qué causas determinan el cambio de la peseta?, Información Comercial Española, Madrid, febrero de 1960.

- ALESSI .- Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, Milano 3ª ed., 1960.
- ALFARO. .- La organización administrativa de la planificación económica, Documentación Administrativa, nº 16, abril de 1959.
- ALFARO .- Los órganos de programación en la Administración pública, Documentación Administrativa, nº 30, junio de 1960.
- AMODEO .- Note sulle organizzazione e sulla gestione delle imprese municipalizzate, Studi economici, 1951.
- ANDREAE .- Die Verstaatlichung in England, e, Recht der Arbeit, 1950.
- ARDANT .- Technique de l'Etat. De la productivité du secteur public, Paris, 1953.
- ARENA .- Le società commerciali pubbliche, Milano, 1942.
- ASCARELLI.- Obligazioni pecuniarie, en "Comentarios al Código civil italiano", dirigidos por SCIALOJA y BRANCA, Bologna-Roma, 1961.
- AZCARATE .- La guerra y los servicios públicos de carácter industrial, 1921.
- BACCHELET.- L'attività di coordinamento della Amministrazione pubblica dell'economia, Giuffré, Milano, 1957.

- BAENA** .- Problemas jurídico-administrativos del control de divisas en la nueva Ley de Bases de Ordenación Bancaria, Revista de Administración Pública, nº 38, Madrid, 1962.
- BALLEE** .- La proyección del Derecho en la Administración económica, Documentación Administrativa, nº 46, octubre de 1961.
- BALLERSTEDT**.- Sozialisiertes Aktienrecht? Wirtschaftsrechtliche Betrachtungen zur hessischen Sozialisierung, Tübingen, 1948.
- BALTITCH**.- Les entreprises de l'Etat et la nationalisation des entreprises privées, Paris, 1940.
- BAYKOV** .- The Development of the Soviet Economic System: an Essay on the Experience of Planning in the URSS, Cambridge y Nueva York, 1947.
- BAZIRE** .- Contribution a l'elaboration d'une théorie de l'entreprise publique, Revue Economique et Social, octubre de 1945.
- BEAUDOUARD**.- L'unité budgétaire et les services industrielles de l'Etat, Rennes, 1933.
- BERGMANN**.- Quelques aspects de la réglementation de l'utilisation de la terre par l'agriculture aux Etats-Unis, en, Revue du Ministère de l'Agriculture, mayo 1948.

- BERRI .- Gli enti pubblici economici e il rapporto d'impiego loro dipendenti, Rivista di Diritto fallimentare, - 1946.
- BESSON .- Nationalisation et organisation de l'industrie des assurances, Droit Social, 1947-212.
- BETTELHEIM.- La planification soviétique, Paris, 1945.
- BETTELHEIM.- Problemas teóricos y prácticas de la planificación, Ed. Tecnos S.A., trad. esp., Madrid, 1962.
- BEVERAGGI ALLENDE.- El servicio del capital extranjero y el control de cambios, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1954.
- BIDAUT .- Le développement du contrôle économique, Paris, 1951.
- BIGANT .- La nationalisation et le contrôle des usines de guerre, Paris, 1938.
- BLAEVOET.- Les services et les établissements publics à caractère industriel et commercial, Recueil Dalloz, 1947.
- BLAEVOET.- Commentaire de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, Dalloz, 1947, - Legislation, 97.
- BLOCH .- Les applications en France de l'économie mixte, Paris, 1941.

- BÖHM** .- Wettbewerb und Monopolkampf, 1933.
- BÖHN** .- Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Tübingen, 1960.
- BONNARD** .- Les Comités d'organisation de la production industrielle, Revue de Droit Public et de la Science Politique, 1943.
- BOQUERA** .- Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955.
- BOSWORTH** .- Tennessee Valley Authority, 1943.
- BOULOIS** .- Essai sur la politique des subventions administratives, Paris, 1951.
- BRANCA** .- Istituzioni di Diritto private, 4ª ed., Bologna, 1961.
- BRET** .- Le société d'economie mixte, Lyon, 1925.
- BUNBURY** .- The Public Corporation, en, Public Administration - Review, 1944.
- BUQUET** .- Le plan Monnet, Dalloz, 1947, Chronique 29.
- BURKNER** .- Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, Leipzig, 1930.
- EYE** .- Le conflit de tendances dans l'organisation du secteur public, 1948.

- J. C. .- La nationalisation du credit, Revue Politique et  
Parlementaire, oct.-dec. 1945.
- CAHEN-SALVADOR.- La regie nationale des usines Renault, Droit  
Social, 1945-208.
- CALLMAN .- Das deutsche Kartellrecht, 1934.
- CAPOGRASSI .- Persona e pianificazione, en, La pianificazione -  
economica e i diritti de la persona umana, Roma,  
1955.
- CASES .- El régimen del control de cambios, en, Las inversion-  
es de Capital extranjero en España, Centre de Es-  
tudios Tributarios, Madrid, 1960.
- CASSAIGNE .- Etude sur l'organisation des services industrielles  
de l'Etat, Paris, 1937.
- CATALDI .- L'organizzazione pubblica dell'economia e i piu re-  
centi indirizzi, en, Ministero per la Costituente,  
Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione  
delle State, Relazione alla Assemblée Costituente,  
vol. III, Roma, 1945.
- CATALDI .- Le legislazioni speciali, Bologna, 1956.
- CELIER .- Quelques données historiques sur le problème des  
nationalisations. Droit Social, 1945-94.
- CIMMINO-MOSHER.- Ciencia de la Administración, trad. esp., Madrid,  
1961.



- CLAP .-- The administrative resources of a region: The examples of the TVA, en, News Horizons in Public Administration, Alabama, 1945.
- CLARK .-- Proposed Valley Authority legislation, en, The american Political Sciences Review, 1946.
- CLAVERO .-- Los principios generales del derecho y las lagunas del Ordenamiento jurídico, Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid, 1952.
- CLAVERO .-- Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones Autónomas, Conferencia - inaugural del curso 1962-1963, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de Alcalá de Henares, Madrid.
- CLUSEAU .-- Reflexions sur la nouvelle organisation du credit et la nationalisation des banques, Revue de Science et Legislation financieres, 1946.
- CONNOIS .-- La notion d'etablissement en Droit administratif français, Paris, 1959.
- CRISCUOLO .-- La banche nel diritto pubblico, 1920.
- CULMANN .-- Les services publics economique, Paris, 1933.
- CHAILLOT .-- Offices publics et etablissement autonemes, Paris, 1936.

- CHARVET .- Generalités et examen plus approfondi de la nationalisation du gaz et de l'électricité, Politique, mai-juin, 1946.
- CHAVANON .- Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial, Bordeaux, 1939.
- CHENOT .- La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, en, Etudes et Documents du Conseil d'Etat, 1950.
- CHENOT .- Organisation économique de l'Etat, Paris, 1951.
- CHENOT .- Droit public économique, Les cours du Droit, Paris, 1957-58.
- CHERON .- De l'actionariat des collectivités publiques, Paris, 1928.
- CHESTER .- The organisation of the nationalised industries, en, Political Quarterly, abril 1950.
- CHEVALIER.- Los grandes textos políticos desde Maquiavelo hasta nuestros días, Editorial Aguilar, Madrid, 1957.
- CHLEPNER.- Reflexions sur le problème des nationalisations, Revue de l'Institut de Sociologie, 1949.
- CHRETIEN .- Le secteur public ne doit pas ruiner l'Etat, Tribune Economique, 23 août 1946.

D'ALBERGO.- Le partecipazioni statali, Milano, 1957.

DANCKELMANN.- Zur Hessische Sozialisierung, en, Der Betriebsberater, noviembre de 1950.

DARMSTAEDTER.- Das Wirtschaftsrecht, 1928.

DAVID .- Essai sur l'intervention de l'Etat dans le commerce de banque, Grenoble, 1937.

DAVIES .- The Development of the Public Corporation, en, National Enterprise, 1946.

DE JUAN .- Sobre el concepto de administrado, Documentación Administrativa, nº 56-57, agosto-septiembre de 1962.

DE LA MORANDIERE y BYE.- Les nationalisations en France et a l'etranger, Paris, 1948.

DE MIGUEL .- Comercio y divisas, Editorial Aguilar, Madrid, 1952.

DIEZ .- La programación administrativa, Documentación Administrativa, nº 19, Julio de 1959.

DIMOCK y DIMOCK, American Government in action, Nueva York, 1946.

DITTMAR .- Der Stand der Sozialisierung in Hessen, en, Der Betriebsberater octubre de 1950.

DI ROILANT.- Direttiva economica e norma giuridica, Torino, 1955.

DORFF .- Le regime juridique des entreprises de service pu-

blic aux Etats-Unis, Journal de Droit international,  
1940-45.

DRAGO .- Les crises de la notio d'établissement public, Paris,  
1950.

DAFAU-PERES.- La reorganisation de la repartition, Droit Social,  
1947-143.

DURAND .- Les fonctions publiques de l'entreprise privée,  
Droit Social, 1945-246.

DURAND .- La contrainte legale dans la formation du rapport  
contractuel. Revue trimestrale de Droit civil, 1948.

DURAND .- Le rôle des agents de l'autorité publique dans la  
formation du contrat, Revue trimestrale de Droit  
civil, 1948.

EINAUDI .- Nationalization in France and Italy, en, Social Re-  
search, marzo, 1948.

ENTRENA .- Apuntes de Derecho administrativo, Madrid, 1958-59.

ENTRENA .- Los movimientos centralizadores en Inglaterra, Ma-  
drid, 1960.

ESSIQUE .- L'office central de repartition des produits indus-  
trielles et ses sections de repartition, Paris, 1943.

FABER y WILMET.- De la Société Anonyme a la Régie Nationale des

Usines Renault, en, Economie et Humanisme, septembre-octobre de 1947. Revue Politique et Parlementaire.

FAURE .-- Quelques aspects du probleme des nationalisations, oct. dec. 1945.

FELIX .-- Reflexions sur la nationalisation de l'industrie du gaz, Revue Economique et Sociale, avril 1946.

FERRI .-- Azionariato di Stato a natura giuridica del ente, Fere Italiane, 1941.

FIELD .-- Governments Corporations. A proposal, en, Harvard Law Review, 1945.

FINER .-- The TVA: Lessons for international applications, 1944.

FLEINER .-- Instituciones de Derecho administrativo, trad. esp., Barcelona -Madrid-Buenos Aires, 1933.

FORSTHOFF.- Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

FORSTHOFF.- Tratado de Derecho administrativo, trad. esp. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

FORSTHOFF.- Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart, - 1959.

FORTI .-- Amministrazione pubblica e attività economica privata, Studi di diritto pubblico, I, Roma, 1937.

FRAGA .-- La crisis del Estado, Editorial Aguilar, Madrid, 1955.

FRAGA .-- Planificación y orden jurídico-político, Revista de

Estudios Políticos, nº 80, Madrid, 1955.

FRAGALI .- Concetto e natura delle società d'economia mista, -  
Studi per D'Amelio Roma, 1933.

FRANCHINI.- Les aspects juridiques de l'intervention de l'Etat  
dans l'Administration économique italienne, Revue  
de Droit Public et de la Science Politique, mars-  
avril, 1957.

FRANCHINI.- Le autorizzazio amministrative costitutive di ra-  
pporti giuridici fra privati, Milano, 1957.

FRANCHINI.- Natura e limiti del controllo del Parlamento e della  
Corte dei Conti sugli Enti sovvenzionati dello Stato.  
Relazione alla Assemblée Costituente, vol. III, Padova,  
1945.

FRIEDMAN .- El control de cambios, Centro de Estudios Monetarios  
Latinoamericanos, Mexico, 1959.

FRIEDMAN .- The news public corporation and the law, Moderne Law  
Review, 1947.

FUEYO .- La nacionalización como instrumento socialista y el  
sistema de libertades, Revista de Administración Pú-  
blica, nº 3, 1950.

FUZIER .- Contribution a l'étude des offices publics nationaux,  
Montpellier, 1936.

GALBRAITH .- Capitalismo americano, Ediciones Ariel, Barcelona, 1955.

GANGEMI .- La società d'economia mista, Firenze, 1932.

GARCIA DE ENTERRIA.- Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953.

GARCIA DE ENTERRIA.- La actividad industrial y mercantil de los municipios, Revista de Administración Pública, nº 17, Madrid, 1955.

GARCIA-OVIEDO - MARTINEZ USEROS.- Derecho administrativo, I y II, 7ª ed., Madrid, 1955.

GARCIA PELAYO.- Sobre los supuestos y consecuencias de la socialización, Revista de Administración Pública, nº 3 Madrid, 1950.

GARCIA TREVIJANO.- Aspectos de la Administración económica, Revista de Administración Pública, nº 12, Madrid, 1953

GARCIA TREVIJANO.- Principios jurídicos de la organización administrativa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, - 1957.

GARCIA TREVIJANO.- Relación orgánica y relación de servicio entre funcionarios públicos, Revista de Administración Pública, nº 13, Madrid, 1954.

- GARCIA TREVIJANO.- Curso de Derecho administrativo, tomo I, vol. I, Salamanca, 1961.
- GARRIDO FALLA.- Administración indirecta y descentralización funcional, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.
- GARRIDO FALLA.- La intervención administrativa en materia económica y las Corporaciones del Gobierno en Norteamérica, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.
- GARRIDO FALLA.- Sobre el Derecho administrativo y sus ideas cardinales, Revista de Administración Pública, nº 7, Madrid, 1952.
- GARRIDO FALLA.- Las transformaciones del régimen administrativo, 1ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.
- GARRIDO FALLA.- Régimen de impugnación de los actos administrativos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- GARRIDO FALLA.- Tratado de Derecho administrativo, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.
- GARRIGUES WALKER, A.- Cuestiones mas importantes que pueden plantearse al inversionista extranjero ante el nuevo sistema español. Las inversiones de capital extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960
- GASCON HERNANDEZ.- La Administración de la economía dirigida en In-



glatterra, Revista de Administración Pública, nº 2, Madrid, 1950.

GASCON HERNANDEZ.- Los fines de la Administración, Revista de Administración Pública, nº 11, Madrid, 1953.

GASCON Y MARIN.- Tratado de Derecho administrativo, 13ª ed., - Madrid, 1956.

GASPARRI.- Corso di Diritto amministrativo, Bologna, 1953.

GAFANELL.- La socialización en las constituciones de la postguerra, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.

GEILER.- Zum Genossenschafts- und Sozialisierungsproblema, Festschrift für Präs. Kiesselbach, 1947.

GIACCHI.- Introduzione al problema giuridico delle partecipazioni economiche dello Stato, Rivista della Società, 1956.

GIANNINI.- Istituti di credito e servizi d'interesse pubblico, - Moneta e crédito, 1949.

GIANNINI.- Lezioni di Diritto pubblico, I, Milano, 1950.

GIESEKE.- Zur Systematik des Wirtschaftsrecht, Festgabe für E. Jung, 1937.

GIOVANNI DE FRANCO.- Sulla natura giuridica dell'ufficio italiano

dei cambi, Banca, Borsa e titoli di credito, parte  
2ª, 1961.

GIULIANO.- Il rapporto d'impiego con gli enti pubblici economi-  
ci, Padova, 1948.

GLEISS.- Kartelle und Monopole, Verlagsgesellschaft für Recht  
und Wirtschaft, Heidelberg, 1952.

GIURIA.- Degli impieghi e degli impiegati nell'amministrazione  
economica dello Stato, Torino, 1950.

GOLDSCHMIDT.- Reichswirtschaftsrecht, 1923.

GOLZIO.- Sulle imprese di produzione a partecipazione statale, -  
Studium, 1957.

GOMBEAUX.- La condition juridique de l'Etat commerçant et indus-  
trial, Caen, 1904.

GONZALEZ PERES.- Las sociedades de economía mixta y las empre-  
sas del Estado en la legislación argentina, Revista  
de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.

GONZALEZ PEREZ.- Derecho procesal administrativo, I, Instituto de  
Estudios Políticos, Madrid, 1955.

GONZALEZ PEREZ.- Derecho procesal administrativo, II, Instituto  
de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

GONZALEZ PEREZ.- El método en el Derecho administrativo, Revista

de Administración Pública, nº 22, Madrid, 1957.

GONZALEZ PEREZ.- Los recursos administrativos, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.

GORDON.- The Public Corporation in Great Britain, Londres, 1938.

GUAITA.- Administración institucional y recurso contencioso-administrativo, Revista de Administración Pública, nº 11, Madrid, 1953.

GUAITA.- Derecho administrativo especial, I, Zaragoza, 1960.

GUAITA.- Derecho administrativo especial, II, Zaragoza, 1962.

HALM, VON MISES y otros.- Collectivist Economic Planning, Londres, 1947.

HALM.- Economía del dinero y de la Banca, Editorial Bosch, Barcelona, 1959.

HAMEL.- La nationalisation du crédit. Dalloz, 1946, Chronique, 21.

HAURIOU.- Précis de Droit administratif, 11ª ed., Paris, 1927.

HAYEK.- Camino de Servidumbre, 2ª ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1950.

HEATON.- Histoire économique de l'Europe, Colin, Paris, 1952.

HEDEMANN.- Grundzüge des Wirtschaftsrecht, 1922.

HEDEMANN.- Wirtschaftsrecht, 1939.

HOCKE.- Devisenrecht, Hamburg-Berlin-Bonn, 1954.

HUBER.- Rechtsformen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, -  
Verwaltungsarchiv, t. 37.

HUBER.- Freiburg, Beliehene Verbände, ein Beitrag zu den Rechts-  
formen der Wirtschaftsverwaltungsrecht, Deutsche  
Verwaltungsblatt, agosto de 1952.

HUBER.- Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, 2<sup>a</sup> ed., Tübingen, 1953.

HUGON.- De l'étatisme industriel en France et des Offices Na-  
tionaux en particulier, Paris, 1930.

IPSEN.- Enteignung und Sozialisierung, Referat auf der Göttinger  
Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer  
in Göttingen, octubre de 1951.

ISAY-TSCHIRSCHKI.- Kartellverordnung, 1925.

JACOMET.- Le statut national des personnels des industries elec-  
triques et gazières, Le Monde, 6 julio, 1946.

JASNY.- The Soviet price System, The American Economic Review,  
Diciembre, 1950.

JEANNIN.- Les Offices, Paris, 1935.

JERUSALEM.- Das Benner Grundgesetz und die hessische nationali-

sierung insbesondere der Eisenbahnbetriebe, Neue -  
Juristische Wechenschrift, marzo 1950.

JEWKES.- Ordeal by planning, Londres, 1948.

JORDANA DE POZAS.- El problema de los fines de la actividad ad-  
ministrativa, Revista de Administración Pública, nº  
4; Madrid, 1951.

JORDANA DE POZAS.- Ensayo sobre una teoría del fomento en el De-  
recho administrativo, Estudios en homenaje al profesor  
Jordana de Pozas, I, Madrid, 1961.

JUSTE.- Algunas cuestiones prácticas sobre la nueva legislación  
de inversiones extranjeras. Las inversiones de capital  
extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios,  
Madrid, 1960.

KATZANOV.- L'Etat commerçant et les nationalisations, Revue tri-  
mestral de Droit commercial, 1950.

KINDLERBERGER.- Economía internacional, Editorial Aguilar, Ma-  
drid, 1957.

KLAUSING.- Wirtschaftrechts, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931.

KOCH.- Rechtsform der Socialisierung unter besonderer Berücksich-  
tigung der Sozialisierung in Hessen, Tagung deuts-  
cher Juristen in Bad Godesberg, 1947.

KOTTGEN.- Subventionen als Mittel der Verwaltung, Deutsches -

Verwaltungsblatt, agosto de 1953.

KROEBER.- Das problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes,  
Stuttgart, 1931.

KRÜGER.- Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, Deutsches  
Verwaltungsblatt, junio de 1951.

KÜHNE.- Handbuch des Devisenrecht, München-Berlin, 1952.

KULL.- Budget administration in the TVA, 1938.

LA TORRE.- La competenza nelle controversie di lavoro dei dipendenti di enti pubblici economici, Rivista di Diritto pubblico, 1947.

LACHARRIERE.- La gestión par les organismes professionnels des services publics de l'économie dirigée, Droit Social, 1943-269 et 1944-1.

LAFERRIERE.- Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux, 2<sup>e</sup> ed., Paris-Nancy, 1892.

LANVERSIN.- Le Ministère des participations de l'Etat en Italie, Revue de Droit public, julio-agosto de 1952.

LAROQUE.- Les usagers des services publics industriels, Paris, 1933.

LASERRE.- Socialiser dans la liberté, Paris, 1949.

LAUBADERE.- Traité élémentaire de Droit administratif, 2<sup>e</sup> ed.,

Paris, 1957.

LAUFENBURGER.- Intervención del Estado en la vida económica, -  
Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1945.

LAVERGNE.- Le problème des nationalisations, Paris, 1946.

LAZARD.- Les ententes économiques imposées ou contrôlées par -  
l'Etat, Paris, 1937.

LEHMANN.- Grundlinien des deutschen Industrierecht, Festschrift  
für Zitelmann, 1913.

LENIN.- El Estado y la Revolución, Mexico, sin fecha.

LESCUYER.- Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationali-  
sées, Nouveau tirage, Paris, 1962.

LEVI.- I controlli dello Stato sulla produzione industriale, -  
Milan, 1938.

LEWIS.- La planeación económica, Fondo de Cultura Económica, -  
Mexico-Buenos Aires, 1957.

L'HUTILLIER.- Commentaire de la loi du 8 avril 1946 sur la na-  
tionalisation de l'électricité et du gaz, Recueil  
Sirey, 1946-5-337.

LIEBRICH.- Elemente des Davisenrecht, Basel studiez sur - -  
Rechtswissenschaft, Heft 43, Basel, 1956.

LILIENTHAL.- TVA: Democracy on the March, 1944.

**LIÑAN.-** La programación lineal del trabajo administrativo. Documentación Administrativa, nº 43, Julio de 1961.

**LOPEZ RODO.-** Intervencionismo administrativo en materia de subsistencias, Información Jurídica, octubre de 1944.

**LOPEZ RODO.-** Las empresas nacionalizadas en Inglaterra, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.

**LUCAS VERDU.-** Constitución-Administración-Planificación, Estudios jurídico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960.

**LUCHAIRE.-** Le statut des entreprises publiques, Droit Social, 1947-253.

**LYON-CAEN.-** Les diverses formes de nationalisation, Droit Social, 1945-41.

**LYON-CAEN.-** Les nationalisations en Grande-Bretagne, Droit Social, 1946-403.

**MAC DIARMID.-** Government proprietary Corporations in the English-Speaking Countries, Cambridge, 1938.

**MAILLET.-** Histoire des faits économiques des origines au XX - siècle, Payot, Paris, 1952.

**MANHEIM.-** Etude sur la gestion comparée des entreprises publiques et des entreprises privées, Paris, 1950.



**MANNHEIM.-** El hombre y la sociedad en la época de crisis, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1931.

**MANNHEIM.-** Libertad, Poder y Planificación democrática, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1953.

**MARTIN RETORTILLO, L.** La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de "Daseinsvorsorge", Revista de Administración Pública, nº 38, Madrid, 1962.

**MARTINEZ USEROS.-** Cuestiones de organización, Estudios en homenaje a Jordana de Pezas, L, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

**MASPETIOL.-** L'économie globale agricole et l'exploitation individuelle, Revue politique et parlementaire, nov. 1950.

**MASPETIOL.-** Les techniques juridiques de l'économie globale, - Archives de Philosophie de Droit, Nouvelle serie, - Recueil Sirey, Paris, 1952.

**MAYER OTTO.-** Derecho administrativo alemán, I, trad. esp., Editorial Dapalma, Buenos Aires, 1949.

**MAUNZ.-** Wirtschaftsrecht, Die Verwaltung, Heft 29, 1952.

**MENTHON.-** La nationalisation du crédit, Droit Social, 1945-285.

**MERLE et BOULOIS.-** Nationalisation et démocratie, Dalloz, Chronique, 1950.

MESA-MOLES SEGURA.- Participacion de los administrados en la obra de la Administración, Boletín de la Universidad de Granada, febrero y abril de 1953.

MESSINEO.- Istituti di erédite e banche di diritte pubblico, Banca, Borsa e titoli di eredito, 1937.

MIELE.- Principii di Diritto amministrativo, 2ª ed., Padova, 1953.

MIELE.- Técnica jurídica e fatto economico, Il diritto dell'economia, 1956.

MINTY.- The nationalisation of the Bank of England, Journ. of the Institutes of Bankers, abril 1946.

MIMIN.- Le socialisme municipal devant le Conseil d'Etat, Paris, 1911.

VON MISES.- Die Gemeinwirtschaft, Jena, 2ª ed., 1932.

MONCADA.- Significado y técnica jurídica de la policía administrativa, Revista de Administración Pública, nº 28, Madrid, 1959.

MONCADA.- Intervención administrativa en el comercio exterior, Estudios en homenaje al profesor Jordana de Pozas, III, vol. 2ª, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

MOREAU.- Droit administratif, Paris, 1909.

MORRISON.- Economic Planning, 1946.

- MUMM.- Zur Sozialisierung in Hessen, Die Öffentliche Verwaltung, octubre de 1950.
- MUNCH.- Wirtschaftliche Selbstverwaltung, 1936.
- MUNOZ AMATO.- Introducción a la Administración Pública, 2ª, ed., Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1956.
- MURILLO FERROE .- El poder económico, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.
- NIPPERDEY.- Die Grundprinzipien der Wirtschaftsverfassung als - Rechtsproblem, Festgabe für J. von Gierke, Göttingen, 1950.
- NUSSEBAUM.- Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 2ª ed., 1922.
- O'BRIEN.- British Experiment in Public Ownership and Control, 1937.
- OLARIAGA.- La intervención en los cambios, Madrid, 1939.
- OLARIAGA.- La política monetaria en España, Madrid, 1933.
- OPIE.- The British experience with nationalisation, Proceeding of the Academy of Political Sciences, nº 1, 1950.
- PAPANICOLAIDIS.- Introduction generale a la theorie de la pelicee administrative, Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1960.

PERROUX.- Les nationalisations, Paris, 1945.

PERSONNAE.- La nationalisation des houillères françaises, Droit Social, 1947.

PETIT.- La programación de los trabajos en una unidad administrativa, Documentación Administrativa, nº 22, octubre de 1959.

FIGOU.- Socialismo versus capitalismo, trad. esp. Buenos Aires, 1946.

PINKEY.- Nationalization of Key Industries and Credit in France after the Liberation, Political Sciences Quaterly, sepbre. de 1947.

PIVATO.- Le impress di servizi pubblici, Milano, 1939.

PUCCHETTI.- L'attività commerciale e la prestazione di servizi pubblici da parte della pubblica amministrazione, Milano, 1942.

PUGET.- Rapport general sur l'administration en matiere economique au IX Congrès International des Sciences administratives (Istanbul, septembre 1954), La Revue Administrative, Septembre-octobre, 1953.

PUIG.- Régimen español de inversiones extranjeras. Las inversiones de capital extranjero en España, Centro de Estudios Tributarios, Madrid, 1960.

RACINE.- Au service des nationalisations: l'entreprise privée,  
Neuchâtel, 1948.

RANELLETTI.- La polizia di sicurezza, en ORLANDO, Primo Trattato  
completo di Diritto amministrativo,italiano, vol. IV,  
parte 2a.

RASCH.- Grundfragen der Wirtschaftsverfassung, Godesberg, 1948.

RAVA.- L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici, Rivista  
del Diritto commerciale, 1933.

RATHENAU.- Die neue Wirtschaft, 1918.

RAY.- Une experience democratique: la TVA, Droit Social, 1947.

RAY.- The influence of the TVA on Government in "The South", The  
American Political Sciences Review, 1946.

RICARD.- La nationalisation des assurances, 1948.

RIPERT.- L'ordre public economic, Recueil d'etudes sur les sources  
du Droit en l'honneur de François Geny, Tomo II,  
Paris, 1948.

RIPERT.- Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1951.

RITSCHL.- Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, Weltwirtschaft-  
liches Archiv, 1950.

RIVERO.- Le regime des nationalisations, Paris, 1948.

- RIVERO.- Sur la reforme des entreprises nationalisées, Dalloz, - Chroniques, 1948.
- RIVERO.- Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés, Revista de Administración Pública, nº 6, Madrid, 1951.
- RIVERO.- Repression penale et repression administrative (a propos de la resistance aux verifications du contrôle économique), Droit Social, janvier, 1952.
- RIVERO.- Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif français, Archives de Philosophie du Droit, Nouvelle serie, Recueil Sirey, Paris, 1952.
- RIVERO.- Droit administratif, 2<sup>e</sup> ed., Dalloz, Paris, 1962.
- ROBLOT.- La nationalisation du gaz et de l'électricité, Derecho Social, 1946-179.
- ROBBINS.- Economic Planning and International Order, Londres, 1937.
- ROBSON.- Public Enterprises, 1937.
- ROBSON.- The governing board of the public corporation, Political Quaterly, abril 1950.
- ROBSON.- Nationalised industries in Britain and France, The American Political Sciences Review, junio de 1950.
- ROBSON.- La Public Corporation en Gran Bretaña, Revista de Adminis-

tracion Pública, nº 22, Madrid, 1957.

ROCCO.- La Casa per il Mezzogiorno, Rivista di diritto agrario, 1951.

RODRIGUEZ.- Aspectos sociales de la nacionalización, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.

ROMANO.- Principii di Diritto amministrativo, Milano, 1912.

ROMANO.- Frammenti di un dizionario giuridico, Ristampa inalterata, Giuffré, Milano, 1953.

ROTHSTEIN.- Man and Plan in Soviet Economy, London, 1949.

ROUGIER.- Les mystiques économiques, Paris, 1938.

ROUVE.- A propos du droit de la repartition et del'organisation industrielles, Droit Social, 1942-1.

ROYO VILLANOVA, S. La Administración y la política, Revista de - Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953.

ROYO VILLANOVA A. y S.- Elementos de Derecho administrativo, 24ª ed., Valladolid, 1955.

RÜHL.- Rechtshöpfung durch die Wirtschaft, 1931.

RUMPF.- Wirtschaftswissenschaft und Wirtschaftshochschule, 1922.

RUMPF.- Der Sinn des Wirtschaftsrecht, 1922.

P.S.- La reorganisation des services chargés de l'économie industrielle, Droit Social, 1945-291.

SANCHEZ AGESTA.- Planificación económica y régimen político, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.

SANCHEZ AGESTA.- Derecho político, Granada, 1953.

SATTERFIELD.- Intergovernmental cooperation in the Tennessee Valley, The Journal of Politics, 1947.

SATTERFIELD.- Tennessee Valley Resources: Their development and use, 1947.

SCAGNETTI.- Gli enti di privilegio nell'economia italiana, 1942.

SCHEUNER.- Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung, Die Öffentliche Verwaltung, 1952.

SCHEUNER.- Das öffentliche Wirtschaftsrecht, Mitt. des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, nº 28, 1934.

SCHROEDER.- Das Recht der Wirtschaft, 1895.

SCHUMPETER.- Capitalismo, Socialismo y Democracia, 2ª ed., 1946.

SCHÜLE.- Die Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Rechtsformen und Rechtsschutz, Veröffentlichungen der Vereinigung des deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 11 1953.

SCOGNAMIGLIO.- Le imprese pubbliche, Torino, 1950.



SERRANO GUIRADO.- Voz "Administrado" en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo II.

SERRANO GUIRADO.- El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado, Revista de Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953.

SIGALAS.- Le statut des entreprises gouvernementale en U.R.S.S., Paris, 1935.

SIGLOCH.- Die Unternehmungen der öffentlichen Hand, Mannheim, 1929.

SPAGNUOLO-VIGORITTA.- Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata Il Diritto dell'economia, 1957.

SPAGNUOLO-VIGORITTA.- Considerazioni in tema di forme, finalità ed organi dell'attività economica a proposito della legge 31-7155, nº 1002, Rivista trimestrale di Diritto Pubblico, 1957.

STAMMLER.- Wirtschaft und Recht, 1924.

SUAREZ.- Socializaciones en la Alemania de la postguerra, Revista de Administración Pública, nº 3, 1950.

SUMIEN.- Des reformes a apporter a la suite de la nationalisation dans les sociétés d'assurances, Dalloz 1946, Chronique, 61.

TAMAMES.- Estructura económica de España, Madrid, 1960.

TAMAMES.- La lucha contra los monopolios, Ed. Teoros, S.A., Madrid, 1961.

TETERAU.- Les entreprises économiques des communes, Paris, 1935.

THOMAS.- La nationalisation des banques, 1948.

TREVES.- L'imprese pubbliche, 1950.

TREVES.- L'attività commerciale dello Stato, Studi sassaresi, 1935.

TREVES.- Gli atti amministrativi di rapporti fra privato, Rivista trimestrale di Diritto pubblico, abril-junio de 1954.

TRIFFIN.- El caos monetario, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1961.

UHLE.- Verfassungsrechtliche Probleme der Sozialisierung, Hamburg, 1948.

VEDEL.- La technique des nationalisations, Derecho Social, 1946-49 et 93.

VEDEL.- Droit administratif, Presses universitaires de France, - Paris, 1959.

VENTENAT.- L'expérience des nationalisations, Paris, 1947.

VIGNOCCHI.- La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa, Padova, 1944.

- VILLAR PALASI.- La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo, Revista de Administración Pública, nº 3, Madrid, 1950.
- VILLAR PALASI.- Administración y Planificación, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1952.
- VILLAR PALASI.- Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político, Revista de Administración Pública, nº 14, Madrid, 1954.
- VILLAR PALASI.- Poder de policía y justo precio. El problema de la tasa de mercado, Revista de Administración Pública, Madrid, nº 16, 1955.
- VILLAR PALASI.- Justo precio y transferencias coactivas, Revista de Administración Pública, nº 18, Madrid, 1955.
- VIRACLY.- Remarques sur le projet de loi portant statut general des entreprises publiques, La Revue Administrative, nº 16, 1950.
- WADE.- The constitutional aspects of the public corporation, Current legal problems, Londres, 1949.
- WAIS.- Una experiencia sobre moneda y cambio, Madrid, 1933.
- WALDE.- Devisenrecht, Mannheim, 1953.
- WALINE.- Les nationalitacions, Derecho Social, 1945-84.

WALINE.- Droit Administratif, 7<sup>e</sup> ed., Paris, 1957.

WEBER MAX.- Economia y Sociedad, Trad. esp., México, 1954-55.

WEBER MAX.- Historia Económica general, Fondo de Cultura Económica, Mexico-Buenos Aires, 1956.

WEBER, WERNER.- Zur Problematik von Enteignung und Sozialisierung nach neuem Verfassungsrecht, Neue Juristische Woche, 1950.

WEISSER.- Sozialisierung, Forderung der Gegenwart, Hamburg, 1947.

WERNER.- Die rechtswissenschaftliche Diskussion zur Sozialisierung, Neue Juristische Wechenschrift, mai 1949.

WESTHOFF.- System des Wirtschaftrecht, 1926.

WOOTON.- Libertá e pianificazione, trad. ital., Einaudi editore, Torino, 1947.

ZANOBINI.- L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici en ORLANDO, Primo trattato completo di diritte amministrativo italiano, Vol. II, parte 3<sup>a</sup>.

ZANOBINI.- Il rapporto d'impiego degli enti pubblici economici e la competenza delle relative controversie, Rivista - Bancaria, 1942.

ZANOBINI.- Corso di Diritto amministrativo, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1959.

ZAPALA.- I controlli sull'IRI, Il diritto dell'economia, 1957.

VIII. I N D I C E.

I N D I C E

El sumario de cada uno de los capítulo se encuentra al comienzo de las distintas partes.

	<u>Pág.</u>
Prólogo ... ..	III
I. Sobre la Administración económica .. ...	1
Preliminares ... ..	9
Capítulo I. Los hechos determinantes de la intervención del Estado en la eco- nomía .. ...	13.
Capítulo II. Presupuestos y concepto de la - Administración económica .. ...	43
Capítulo III. Formas de actividad y medios - jurídicos de la Administración económica ... ..	137
II. La actuación de la Administración en materia de control de divisas . ... ..	228
III. Fuentes legales de la materia .. . ...	257
IV. Los sujetos y las situaciones jurídico-sub- jetivas ... ..	311
Preliminares .. ...	312
Capítulo I. Los organismos interventores.- Antecedentes del Institute Es- pañol de Moneda Extranjera ...	313
Capítulo II. Los organismos interventores.- Naturaleza jurídica del Institu- to Español de Moneda Extranjera	338

	<u>Pág.</u>
Capítulo III. Los organismos interve- tores.- La organización del Ins- tituto Español de Moneda Ex- tranjera ... ..	390
Capítulo IV. El administrado ... ..	405
V. La actividad en orden a la administración - de divisas ... ..	447
VI. Conclusiones ... ..	497
VII. Bibliografía ... ..	503
VIII. Índice ... ..	538.

---.---.---